Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den

Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Fünfter Band.

Drittes Heft.

Tübingen, 1893.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Rec. Feb. 28, 1907

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Inhaltsübersicht des fünften Bandes.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

B. In Strafsachen.

Abhandlungen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Der überlebende Elternteil hat an dem Vermögen, welches das Kind von dem vorverstorbenen Elternteil ererbt hat, keine Nutznießung, wenn ihm die statutarische Nutznießung an diesem Vermögen nicht zusteht.

Aus den Gründen:

„Nach gemeinem Recht stand dem Vater, welcher sein Kind in der väterlichen Gewalt hatte, auf die Dauer dieses Gewaltverhältnisses ein Nießbrauchsrecht an dem zu dem ordentlichen Eigengut des Kindes (peculium adventicium regulare) gehörigen Vermögen zu. Dieses auf der väterlichen Gewalt beruhende gemeinrechtliche Nutznießungsrecht ist im württembergischen Landrecht wesentlich abgeändert worden, insofern dasselbe in Verbindung mit dem Intestaterbrecht der Ehegatten in Teil IV Tit. 7 § 4 bestimmt:

„Und was von des abgestorbenen Ehegemächts Verlassenschaft den hinterlassenen Kindern zugeteilt und erbrechtlich angefallen, solches hat das überlebend Ehegemächt sein Leben lang zu nutzen und zu nießen."

Hinsichtlich des sonstigen zum ordentlichen Eigengut der Kinder gehörigen Vermögens ist sodann in Teil IV Tit. 9 § 2 bestimmt:

„Was aber den Kindern, deren rechter leiblicher Eltern eins (Vater oder Mutter) noch im Leben, mit oder ohne Testament von ihres verstorbenen Vaters oder Mutter Linien oder sonsten anderswoher weiters zufällt, damit soll folgender Unterschied gehalten werden: daß nämlich den Kindern, so allbereit verheiratet oder über 25 Jahre ihres Alters, und nicht mehr in ihres noch lebenden Vaters oder Mutter Zucht und Unterhalt sind, ihr Angebürnis gleich selbst zu nießen und zu verwalten gefolgt; der unverheirateten oder minderjährigen Angebürnis aber bis zu ihrer Verheiratung oder erlangtem 25jährigen Alter ihrem noch lebenden Vater oder Mutter zu nutzen und zu nießen in Handen gelassen werden."

Das Landrecht unterscheidet hienach dasjenige Vermögen der Kinder, welches ihnen von ihrem verstorbenen Vater oder Mutter selbst erblich zugefallen ist, von demjenigen Vermögen, welches den Kindern von ihres verstorbenen Vaters oder Mutter Linie oder sonst anderswoher weiter zufällt, und es steht dem überlebenden Vater oder Mutter in ihrer Eigenschaft als überlebender Ehegatte bei der Intestaterbfolge an dem erstgenannten Vermögen der Kinder ein lebenslängliches Nutznießungsrecht, die sog. statutarische Nutznießung, an dem letzteren dagegen ein durch die elterliche Gewalt bedingtes, bis zur Verheiratung oder Volljährigkeit der Kinder dauerndes Nutznießungsrecht zu. Da aber hienach die statutarische Nutznießung nicht nur auf einem anderen Rechtsgrund beruht, als das auf der elterlichen Gewalt beruhende beschränktere Nutznießungsrecht, sondern auch die beiderlei Nutznießungsrechte an verschiedenen Vermögensteilen der Kinder stattfinden, so folgt hieraus von selbst, daß nach württembergischem Recht beim Wegfall der statutarischen Nutznießung nicht das beschränktere Nutznießungsrecht subsidiär an deren Stelle tritt, sondern daß dem überlebenden Vater oder Mutter an dem der statutarischen Nutznießung unterliegenden, von Vater oder Mutter selbst ererbten Vermögen der Kinder alsdann überhaupt kein Nutznießungsrecht zusteht, und es ist die Annahme des vorigen Richters, daß das den Kindern aus einem Testament des ver-

storbenen Vaters oder der verstorbenen Mutter zugefallene Vermögen hinsichtlich des elterlichen Nutznießungsrechts demjenigen Vermögen der Kinder gleichzustellen sei, welches denselben von des Vaters oder der Mutter Linie zugefallen ist, nicht begründet."

Urteil des O.L.Gerichts II. Sen. vom 9. Juli 1891 in Sachen Haide gegen Haide.

2.

Wie die ausdrücklich erklärte Pupillarsubstitution, so enthält auch die ausdrücklich erklärte Quasipupillarsubstitution jedenfalls nach württ. Recht eine stillschweigend gewollte Vulgarsubstitution.

Aus den Gründen:

„Daß im Fall einer Pupillarsubstitution jedenfalls nach württ. Recht der dem unmündigen Kinde substituirte Erbe „an dessen Statt anstehen und erben" soll, gleichgültig, ob das Kind „über kurz oder lang, vor oder nach des Testirers Tod, ehe es die sechszehen Jar erfüllt," versterben sollte, ist im württ. Landrecht III, 12 § 4 mit dürren Worten gesagt. Für den vorliegenden Fall der substitutio exemplaris bestimmt sodann der § 9 l. c.: „Wann sie (sc. die Ohnsinnigen 2c., denen substituirt ist) nun über kurz oder lang solcher ihrer Mängel erledigt werden, so ist die Substitution allerdings gefallen und erloschen. So sie aber in solchen ihren Gebrechen und Mängeln absterben, es geschehe über kurz oder lang, so sollen ihre nachgeordnete oder substituirte Erben zugelassen werden und also die exemplaris substitutio kräfftig sein und bleiben."

Bei diesem Wortlaut der §§ 4 und 9 erhebt sich die Frage, ob die den Worten des § 4 „über kurz oder lang" folgenden Worte „vor oder nach des Testirers Tod" in dem nachfolgenden § 9 lediglich in der Absicht, um nicht schon Gesagtes wiederholen zu müssen, oder aber in der Absicht weggelassen sind, weil für die exemplaris substitutio diesbezüglich Ein

und Dasselbe, wie für die Pupillarsubstitution, nämlich die Unterstellung einer stillschweigenden Vulgarsubstitution, gesetzgeberisch nicht gewollt war.

Die Frage ist im Sinne der ersten Alternative zu beantworten. Es ist, wie der Unterrichter ganz richtig bemerkt hat, in dem Fall, daß das eingesetzte Kind nach dem Testierer stirbt, rechtlich ebenso gleichgültig, ob dies kurz oder lang nach der Testamentserrichtung geschah, als es in dem Fall, daß das Kind nach dem Testierer stirbt, rechtlich gleichgültig ist, ob dies kurz oder lang nach des Testierers Tod geschah. Die durch die Partikel „oder" in den Worten „über kurz oder lang" juristisch trennbaren Fälle sind mithin allerdings lediglich die, daß das eingesetzte Kind vor dem Testierer stirbt oder nach demselben. Die Worte „über kurz oder lang" in § 4 l. c. können und wollen also ihrem Sinn nach nichts anderes besagen, als die denselben im **3.** Landrecht zu noch größerer Deutlichkeit unmittelbar nachgesetzten Worte „vor oder nach des Testirers Tod" [1]).

1) Das „größtenteils die wörtliche Grundlage des 3. Landrechts bildende 2. Landrecht" (s. Wächter, württ. Pr. R. I S. 349 und derselbe in der Vorrede zu den Landr.Akten S. 13 ff.) lautet nämlich gegenüber dem in Text ausgehobenen Wortlaut der §§ 4 u. 9 des 3. Landrechts wie folgt:

(Abs. 4) „Es sterbe solch ein unmündig Kind, wann es immer wolle, unter sechszehn völligen Jahren seines Alters, vor oder nach des Testirers Tod, so mag sein nachgesetzter Erb an seiner Statt anstehen und erben (.... wie dann auch sollichs die gemein beschriebene Recht also in diesem Fall versehen haben, quod expressa vulgaris contineat Pupillarem et e converso). Doch soll (Abs. 5) solche pupillaris substitutio nit mögen über die 16 Jahr der Kinder oder Kindskinder Alter nach länger erstreckt werden, es wer dann (Abs. 6), daß aner etwan solche Kinder oder Kindskinder hätte, die ihrer Vernunft und Sinnen beraubt wären.... Wenn sie nun über kurz oder lang solcher ihrer Mängel erledigt werden, so ist die Substitution allerdings gefallen und erloschen. Sollten sie aber (Abs. 7) in solchen ihren Gebrechen und Mängeln ersterben, es geschehe über kurz oder lang, so sollen ihre substituirten Erben zugelassen werden und also

Daß nun dieselben Worte „über kurz oder lang" in dem späteren § 9 desselben Titels in anderem Sinne, als in dem voraufgehenden § 4 gebraucht sein sollten, ist überhaupt, zumal aber angesichts des Umstandes nicht anzunehmen, daß die Worte des 2. Landrechts Abs. 4 h. l. „wenn es immer wolle" durch die Worte des Abs. 7 daselbst „über kurz oder lang" ersetzt wurden, offenbar, um den Abs. 7 (jetzt § 9) mit § 4 diesbezüglich in zweifelloseren Einklang zu bringen. Auf dasselbe Bestreben der Verdeutlichung weist sodann auch die Entfernung des Schlußsatzes des Abs. 4 des 2. Landrechts („wie denn auch sollichs ꝛc. s. Note 1) hin, welcher, weil sich ein ähnlicher in Abs. 7 nicht findet, lediglich zu Zweifeln darüber Anlaß geben konnte, ob nicht die in Abs. 4 bestätigte gemeinrechtliche Regel „expressa vulgaris continet etc." für den Fall des Abs. 7 verneint werden wollte. Da dies der damals herrschenden gemeinrechtlichen Lehre widersprochen hätte [1]), und da dafür, daß das Landrecht hierin von dem gemeinen Recht der damaligen Lehre hätte abweichen wollen, jeglicher Anhaltspunkt fehlt [2]), da endlich auch in § 9 die

---

die Substitution, so die Recht exemplarem nennen kräfftig bestehen und bleiben."

1) s. Grass, rec. sent Vol. I pag. 208 (qu. 49 nr. 3) und Reinhardt, Landr. Bd. II, S. 130 Ziff. 4.

2) s. Landrechtsakten von Faber und Schloßberger S. 374 ff. 592. 657/58 und 701. — Der Ref. führte in dieser Hinsicht aus:

Eisengrein bemerkt in seiner Relation zu diesem Titel des Landrechts (s. Landr.Akten S. 374 ff.) ausdrücklich, daß er weitläufigere Deduktionen in dieser Materie, so wie solche in den jetzigen Landrechten etwas kurz, aber seines Erachtens ad captum gemeinen Mannes und derjenigen, so der geschriebenen Recht ohnerfahren, nothdürfftig und so viel in einer solchen intricata materia sein künden, verständlich genug aufgeführt sei, deßhalb unterlassen zu sollen glaube, weil solche dem gemeinen Mann „zu völligem genugsamem Verstand der ganzen materi in teutscher Sprach ohnmöglich fürgebracht werden könnten; er wisse also „bei dieser rubrica oder titulo und, was darinnen de substitutionibus succincte disponiert, weiteres Nichts zu erläutern oder zu addiren, dan was hernacher volgt" — und das Nachfolgende betrifft lediglich die jetzigen §§ 5. 6. 8. 10—12, also nicht die oben erwähnten §§ 4 und 9. Ebenso wurde sodann nach

Worte „über kurz oder lang“ einen rechtlich erheblichen, dispositiven Sinn nur gewinnen, wenn man sie mit den in § 4 zur Erläuterung vorausgeschickten Worten „vor oder nach des Testirers Tod“ identifiziert, so kann darüber ein begründeter Zweifel nicht länger bestehen, daß die Worte „über kurz oder lang“ in Abs. 7 des 2ten, wie in § 9 des 3ten Landrechts nichts anderes besagen wollen und es zufolge des Beisatzes in Abs. 4 und in § 4 „vor oder nach des Testirers Tod“ auch zur Genüge zum Ausdruck bringen, als daß in Absicht auf die Frage, ob die substitutio exemplaris expressa eine Vulgarsubstitution enthalte, ganz dasselbe gelten solle, was in Abs. 4 bezw. § 4 zuvor diesbezüglich für die Pupillarsubstitution bestimmt ist.

Unverständlich ist, wie so ein solcher Satz, wie der kl. Anwalt noch behauptet, mit den großenteils gemeines Recht wiederholenden Bestimmungen in §§ 8. 10 u. 11 desselben

Inhalt des Bebenhäuser Protokolls von der Kommission lediglich über diese §§ 5. 6. 8. 10—12 verhandelt und Beschluß gefaßt (Landr.Akt. S. 592) und auch in dem Reinhardt-Englin'schen Entwurfe sind lediglich die jetzigen §§ 5. 6 u. 7 in etwas anderer Fassung enthalten (Landr.Akt. S. 657 u. 658), so daß der die Kontrolle des Englin'schen Entwurfs in Absicht auf eigenmächtige Aenderungen Englin's (s. Wächter, Vorrede zu den Landr.Akt. S. 17 ff.) betreffende Eisengrein'sche Bericht d. d. 28. Mai 1608 sich darauf beschränken konnte (Landr.Akt. S. 701), zu konstatieren, daß, was in den alten und neuen Landrechten de materia substitutionis vulgaris, pupillaris et exemplaris aeque subtili .... und andere dergleichen Sachen mehr verdeutscht werden könnte, von dem gemeinen ohnstudirten Mann auch nicht verstanden würdt“. Die im Text besprochenen Abänderungen der Abs. 4 und 7 des 2. Landrechts in die jetzigen §§ 4 und 9 des 3. Landrechts sind hienach offenbar kurzer Hand und ohne eine materielle Abänderung zu beabsichtigen, lediglich zu Folge des Bestrebens der Kommission und der Referenten, das zweite Landrecht zu verdeutlichen und es dem gemeinen Manne verständlicher zu machen (s. Wächter, württ. P.R. I S. 347), in das dem Redaktor oder dessen Sekretär zu diesem Zweck zu Gebot gestandene Druckexemplar des 2. Landrechts hineinkorrigiert (Landr.Akt. Vorrede S. 14—18 und Einleitung Nr. X u. XIII) und in der Folge, mögen dieselben herrühren, von wem sie wollen, insbesondere auch von Eisengrein nicht beanstandet worden.

Titels, bezw. mit den hieher unerheblichen Abweichungen dieser Paragraphen vom gemeinen Recht unvereinbar sein sollte“ [1]).

Urteil des O.L.Gerichts des 2. Civilsenats in Sachen Frommer c. Trick vom 21. April 1892.

3.

Ausschweifender Lebenswandel als Scheidungsgrund bei den Israeliten [2]).

In Abänderung des erstrichterlichen Urteils wurde die Ehe der Parteien geschieden.

Gründe:

I. Nach A. 3—5 des Gesetzes vom 13. Aug. 1864 betreffend die bürgerlichen Verhältnisse der israelitischen Glaubensgenossen,

Reg.Bl. S. 138,

sind die Ehestreitigkeiten der Israeliten unter sich nach dem konfessionellen Eherechte derselben zu entscheiden und es sind diese Grundsätze auch nach Einführung des Reichsgesetzes über die Eheschließung laut Art. 5 Abs. 1 des württ. Einführungsgesetzes vom 8. August 1875 unter den näheren Bestimmungen dieses Reichs- und Einführungs-Gesetzes maßgebend geblieben.

Württb. Jahrb. Bd. 2 S. 262.

II. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht nach der heutigen Gestaltung des israelitischen Eherechts der Ehebruch an und für sich nicht bloß für den Ehemann der Frau, sondern auch für diese dem Ehemanne gegenüber einen Scheidungsgrund bildet, wie angenommen wird von

Hirsch B. Fassel, Das mosaisch-rabbinische Civilrecht Bd. I § 86 S. 51. — Seel, in Blätter für Rechtsanwendung in Bayern Bd. 48 S. 450. — Seuffert, Archiv Bd. 46 Nr. 24 S. 39.

Denn es kann nach den Grundsätzen des israelitischen Eherechts der herrschenden Ansicht zufolge die Ehefrau wegen aus-

1) Vgl. Glück, Pand.Comm. Bd. 40 S. 488 bei Note 61.

2) zu vergl. Seuffert A., B. 47. S. 293.

schweifenden lüderlichen Lebenswandels des Ehemanns Scheidung verlangen.

Vgl. Sarwey, Monatschr. Bd. 18 S. 392 (Kirchenrat Dr. Maier) „der Ehebruch des Manns . . . gilt für die Frau „nicht als Separationsgrund, wohl aber die fortgesetzte ge„schlechtliche Ausschweifung desselben, da diese das Hauswesen „zerrüttet und dem ehelichen Leben nachteiliger wird, als die „einmalige Verirrung."

Z. Frankel, Grundlinien des mosaisch-talmudischen Eherechts 1860 S. 47. — Dr. M. Duschak, Das mosaisch-talmudische Eherecht 1864 § 41 S. 89 folg. — E. Fränkel, Das jüdische Eherecht 1891 S. 114.

Dagegen vermochte man der vom Unterrichter auf Grund eines, in einer anderen Ehesache abgegebenen Gutachtens befolgten Ansicht, wornach ausschweifender Lebenswandel des Ehemanns zur Ehescheidung nur dann genügen soll, wenn durch denselben der ökonomische Bestand der Familie gefährdet wird, darum nicht beizutreten, weil dieses Erfordernis von keinem der angeführten Schriftsteller aufgestellt, von denselben nicht einmal einer in dieser Richtung bestehenden Kontroverse erwähnt wird und insbesondere der obenerwähnte Aufsatz von Kirchenrat Maier die Zerrüttung des Hauswesens nur als einen der für die Aufstellung dieses Scheidungsgrundes sprechenden Gründe, nicht als Voraussetzung desselben anführt.

Auch ist darauf hinzuweisen, daß das angeführte von Rabbiner Adler in einer Ehesache dem ehegerichtlichen Senate des vormaligen Obertribunals abgegebene Gutachten keinerlei Hindeutung auf ein solches weiteres Erfordernis dieses Scheidungsgrundes enthält.

III. Der beklagte Ehemann hat in dem Zeitraume von Sommer 1889 an bis Mitte Juni 1890 mit der damals noch nicht 14 Jahre alten Pauline H. fortgesetzt Unzucht verübt, wie auf Grund des ergangenen Strafurteils als erwiesen zu erachten ist. Es fällt demnach dem Beklagten, welcher schon durch den ihm von der Klägerin verziehenen Umgang mit seiner früheren Dienstmagd Christine K. seinen Hang zu geschlecht-

lichen Ausschweifungen an den Tag gelegt hat, längere Zeit fortgesetztes ehebrecherisches Treiben zur Last.

Es trifft daher im vorliegenden Falle der Scheidungsgrund des ausschweifenden lüderlichen Lebenswandels im Sinne des jüdischen Eherechts zu.

Dabei würde es, falls man das Zutreffen dieses Ehescheidungsgrundes mit dem Unterrichter davon abhängig machen wollte, daß Beklagter durch seinen ausschweifenden Lebenswandel den ökonomischen Bestand der Familie gefährdet habe, auch an diesem Erfordernisse nicht fehlen, weil Beklagter durch diesen seinen Lebenswandel, auch abgesehen von den für das eheliche Vermögen nachteiligen Folgen der von ihm mit der K. verübten Unzucht, die Aufgabe des von ihm in Gemeinschaft mit seiner Ehefrau bis dahin geführten, zum Unterhalt der Familie dienenden, kaufmännischen Geschäfts, die Einleitung der Untersuchung, Verhaftung und Verurteilung zu mehrjähriger Freiheitsstrafe verschuldet hat und diese Umstände den Beginn des Vermögenszerfalls herbeizuführen geeignet waren.

IV. Demgemäß war in Abänderung des erstrichterlichen Urteils dem Klagantrag entsprechend die Ehe der Parteien dem Bande nach zu scheiden und folgeweise die auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichtete Widerklage abzuweisen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. v. 29. Mai 1891 in der Berufungssache B. c. B. wegen Ehescheidung.

4.

Scheidung der Ehe wegen böslicher Verlassung.

Der Scheidungsklage steht nicht entgegen, daß ein Nichtigkeitsgrund vorliegt.

Der von Stuttgart gebürtige Beklagte, welcher, wie auch die Klägerin der evangelischen Konfession angehört, hat sich mit der letzteren am 20. Febr. 1864 in Lyon (Mairie du troisième Arrondissement), woselbst sie sich damals aufgehalten haben, bürgerlich trauen lassen, ohne hiezu landesherrliche Erlaubnis einzuholen.

Nachdem die Parteien im Jahre 1870 aus Frankreich ausgewiesen worden waren, haben sich dieselben in Stuttgart niedergelassen. Im November 1873 hat Beklagter seine Familie verlassen und seitdem der letzteren von seinem Aufenthalte keine Nachricht mehr gegeben.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten, dessen Aufenthalt ihr nunmehr bekannt geworden ist, Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung erhoben.

Der Unterrichter hat auf Grund der mündlichen Verhandlung, zu welcher Beklagter geladen, aber nicht erschienen war, die Klage deshalb abgewiesen, weil die Scheidungsklage den gültigen Abschluß der Ehe voraussetze, die ohne landesherrliche Erlaubnis im Auslande eingegangene Ehe der Parteien aber ungültig sei.

Das Urteil ist abgeändert und die Ehe geschieden worden.

Gründe:

I. Wenn gleich der Grund, aus welchem eine von einem württembergischen Staatsangehörigen unter der Herrschaft des (nunmehr aufgehobenen) Gesetzes vom 1. Mai 1855 Art. 10 Abs. 2 (Reg.Bl. S. 103 folg.) ohne landesherrliche Erlaubnis im Auslande eingegangene Ehe keine Gültigkeit hat, auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann [1]), der Mangel dieser Erlaubnis somit ein trennendes öffentliches, nicht wie Klägerin annimmt, privates Ehehindernis bildet, so steht doch im vorliegenden Falle dieser Mangel dem Ausspruche der Ehescheidung nicht im Wege.

Indem das angeführte Gesetz die Gültigkeit der bürgerlichen Trauung eines Württembergers im Auslande von landesherrlicher Dispensation abhängig macht, regelt dasselbe die persönliche Befugnis eines württembergischen Staatsangehörigen zur Eingehung einer bürgerlichen Ehe im Auslande und stellt diese Dispensation als Erfordernis der Statthaftigkeit der bürgerlichen Trauung im Ausland auf, trifft aber keine Bestim-

1) Just.Minist.Erlaß vom 31. Mai 1843. Ergänz.Band II zum Reg.Blatt S. 54.

mung über die Form der Eingehung dieser Ehe und erklärt die im Auslande ohne Dispensation erfolgte bürgerliche Trauung nicht für formell ungültig.

Für diese Bedeutung der fraglichen Bestimmung spricht deren Entstehungsgeschichte. Denn nach den Verhandlungen der Kammer der Standesherrn, deren von den anderen gesetzgebenden Faktoren genehmigten Beschlüssen diese mit dem Regierungsentwurfe, sowie den anfänglichen Beschlüssen der Kammer der Abgeordneten im Gegensatze stehende Bestimmung ihre Entstehung verdankt, beabsichtigte man, die bei der kirchlichen Trauung eines Württembergers im Auslande geltenden Grundsätze [1]) auch auf die bürgerliche Trauung anwendbar zu erklären, und wurde dieser Grundsatz mit der Abänderung zum Beschlusse erhoben, daß auch im Falle der Trauung am ausländischen Wohnsitze der Braut, in welchem es nach der angeführten Normalresolution zur kirchlichen Trauung der Dispensation nicht bedurfte, zur bürgerlichen Trauung landesherrliche Erlaubnis, letztere somit allgemein, wie dies die angeführte, mit dem ersten Satze des citiert. Absatz 2 des Art. 10 im Wesentlichen wörtlich übereinstimmende Verordnung von 1808 bestimmt hatte, für erforderlich erklärt wurde [2]).

Dem bis dahin über die kirchliche Trauung im Auslande geltenden, mit der eben bezeichneten Ausnahme auf die bürgerliche übertragenen Rechte zufolge galt aber eine solche kirchliche Trauung nicht für formell ungültig und konnte namentlich auch durch Revalidierung nachträglich Gültigkeit erlangen [3]).

Nach dieser Entstehungsgeschichte des Artikels 10 Abs. 2 cit. wird durch denselben die im Auslande ohne Dispensation eingegangene bürgerliche Ehe wegen Mangels der persönlichen Befugnis zur Schließung derselben, und nicht wegen Formmangels für ungültig erklärt.

---

1) K. Verordn. v. 4. Sept. 1808 Reg.Bl. 449 und Normalresolution v. 16. Dez. 1812.

2) Verhandlungen der Kamm. d. Standesh. v. 1851/54 4. Beil.-Band S. 959. 960 und 4. Prot.Bd. S. 1152. 1154. 1162.

3) Lang, Personenrecht S. 253.

Die Richtigkeit dieser Auslegung findet eine weitere Bestätigung darin, daß die Revalidierung einer unter der Herrschaft des Gesetzes vom 1. Mai 1855 Art. 10 Abs. 2 von einem Württemberger im Auslande geschlossenen bürgerlichen Ehe, wie die einer kirchlich eingegangenen, unter der Voraussetzung, daß die Form der Eheschließung dem Gesetze des Orts des Abschlusses entspricht, gewährt wird.

Hat hienach der Mangel des Erfordernisses der landesherrlichen Erlaubnis die formelle Ungiltigkeit der Ehe der Parteien nicht zur Folge, so ist von der formell giltigen Abschließung derselben auszugehen, weil im Hinblicke auf das vorgelegte Zeugnis nicht bezweifelt werden kann, daß ihre Form dem Gesetze des Orts der Eheschließung entspricht.

II. Eine Ehe, welche nach dem Gesetze des Eingehungsorts formgemäß geschlossen wurde, ist nach kanonischem Rechte, wie auch nach evangelischem Kirchenrechte [1]) selbst dann, wenn ihr ein öffentliches trennendes Hindernis entgegensteht, nicht von selbst nichtig, sondern wird dieses erst dann, wenn sie in dem auf die Nichtigkeitsklage eingeleiteten Verfahren rechtskräftig für nichtig erklärt ist; solange dies nicht geschehen, ist sie als giltig anzusehen.

Im Einklange mit diesem Grundsatz bestimmt der § 588 der Civil-Proz.Ordn., daß, solange die Ehegatten leben, die Nichtigkeit einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amts wegen geltend gemacht werden kann, nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden kann, wogegen die Möglichkeit ausgeschlossen ist, während dieser Zeit incidenter über die Nichtigkeit der Ehe zu verhandeln und zu entscheiden, also dieselbe im Wege der Einrede oder der Berücksichtigung von Amtswegen zur Entscheidung zu bringen.

Der ehelichen Verbindung der Parteien ist daher ohne Berücksichtigung der auf dem Mangel der landesherrlichen Erlaubnis beruhenden Nichtigkeit im vorliegenden Prozesse die Wirkung einer Ehe beizulegen [2]).

---

1) Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht S. 350 f.

2) Mandry, civilrechtl. Inhalt Aufl. 3. S. 511. Motive z. Ent-

III. Die Scheidungsklage erscheint als begründet.

Der unstreitig echte Brief des Beklagten vom 11. Februar 1890, welcher zwar an dessen Bruder gerichtet, aber nach seinem Inhalte zur Mitteilung an die Klägerin bestimmt war, bestätigt, daß Beklagter seit Jahren Stuttgart und seine zunächst dort verbliebene Familie mit Hinterlassung von Schulden verlassen hat und in B. sich aufhält, seit 16 Jahren nichts mehr hat von sich hören lassen, und wie namentlich aus den Worten des Briefes:

„Gott soll verhüten, daß unsere Wege sich noch einmal „kreuzen", „falls Drohungen, werde ich von heute auf morgen „einen anderen Wohnsitz nehmen u. s. w."

hervorgeht, entschlossen ist, nicht mehr mit seiner Frau, der Klägerin zu leben.

Da Beklagter auf die ihm zugestellte Klage sich nicht erklärt, dem auf Scheidung gerichteten Verlangen der Klägerin nicht widersprochen hat, so ist als feststehend zu erachten, daß Beklagter sich vor 16 Jahren ohne rechtmäßige Ursache von seiner Ehefrau getrennt hat und sich in B., an einem Orte, an welchem er dem inländischen Richter nicht erreichbar ist, in der Absicht, sich dem ehelichen Zusammenleben für immer zu entziehen, entfernt hält.

Diese Absicht ist zudem nach Artikel 6 des Gesetzes vom 8. August 1875 schon deshalb zu vermuten, weil die ungerechtfertigte Abwesenheit des Beklagten zum Mindesten zwei Jahre gebauert hat.

Es treffen daher die sämtlichen Erfordernisse der böslichen Verlassung im Sinne der Ehegerichtsordnung Teil II. c. 13 § 1, 3 u. 4 zu. Demgemäß war in Abänderung des erstrichterlichen Urteils dem Antrage der Klägerin entsprechend ihre Ehe mit dem Beklagten dem Bande nach zu trennen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. vom 3. April 1891 in Sachen K. c. K. Ehescheidung betr.

---

wurf eines bürgerl. Gesf.Buchs Bd. 4. S. 56 folg. Entscheid. des Reichsger. in Civilsachen Bd. 9. S. 214. 221. Württ. Gerichtsbl. Bd. 14. S. 176 ff. Auch bei Seuffert, Arch. Bd. 33. Nr. 308. S. 425.

5.

Auch die Großeltern sind gemeinsam zur Alimentation der Enkel verpflichtet.

Der Ortsarmenverband zu U. verlangt von den Großeltern eines unterstützungsbedürftigen Kindes den Ersatz des auf dieses gemachten Aufwands. In erster Instanz wurde die Klage gegen die Großmutter abgewiesen. Das Urteil wurde abgeändert.

Gründe:

Die Annahme des vorigen Richters, daß der Anspruch des Klägers gegenüber der beklagten Ehefrau nicht begründet sei, weil die Großmutter erst nach dem Großvater für die Alimentation der Enkel hafte, ist nicht zutreffend. Denn nach württembergischem Recht ist die Alimentation der ehelichen Kinder, abweichend von den Bestimmungen des römischen Rechts, eine gemeinsame Verpflichtung beider Eltern, welche erst nach dem Tode des einen Ehegatten auf den Ueberlebenden allein übergeht [1]).

Entsprechend diesen Bestimmungen über die Alimentationspflicht der Eltern ist auch die Alimentation der Enkel eine den Großeltern gemeinsam obliegende, von beiden Ehegatten je hälftig zu tragende Verbindlichkeit, welche erst nach dem Tode des einen der Großeltern auf den überlebenden parens allein übergeht [2]).

Die beklagten Eheleute sind hiernach, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, wie zur Alimentation ihrer Enkel, so auch zum Ersatz der vom Kläger für ihren Enkel aufgewendeten Unterstützungskosten je zur Hälfte verpflichtet; dagegen ist der Anspruch des Klägers auf solidarische Haftpflicht der Beklagten nicht begründet.

1) Weishaar, württ. Priv.R. § 235. Lang, Perſ.R. 1. Ausg. § 78 Not. 18 u. 19.

2) Württ. Arch. Bd. IV. S. 182. Bügner, Alimentationspflicht S. 59.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesger. v. 15. Okt. 1891 in Sachen Unterdeufstetten c. Rothacker.

6.

Sicherstellung elterlichen Vermögens der Kinder durch den überlebenden Ehegatten.

Der Beklagten steht die statutarische Nutznießung und die Verwaltung an dem väterlichen Vermögen ihrer Kinder zu. Liegenschaft besitzt dieselbe nicht. Die Kläger verlangen Sicherstellung ihres Vermögens durch Bestellung von Faustpfändern.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

Die Kläger gründen ihren Anspruch auf Sicherstellung ihrer in der Verwaltung und Nutznießung der Beklagten stehenden Vatergutsforderungen auf die Behauptung, daß die Beklagte kraft Gesetzes zur Sicherstellung ihrer Vatergutsforderungen verpflichtet sei. Zur Begründung dieser Behauptung haben die Kläger in dieser Instanz

1. geltend gemacht, daß nach gemeinem Recht eine gesetzliche Verpflichtung zur Kautionsleistung bestehe, sobald durch besondere Ereignisse dem Berechtigten wegen eines ihm zukommenden, aber nicht sofort realisierbaren Rechts Gefahr oder Unsicherheit droht, und daß dieser Grundsatz im württemberg. Recht nicht aufgehoben sei. Allein es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Grundsatz in dieser Allgemeinheit für richtig zu erachten wäre, da derselbe im vorliegenden Falle, wo es sich um Sicherstellung des hinterfälligen Vermögens von Kindern handelt, jedenfalls keine Anwendung finden könnte. Denn wie die statutarische Nutznießung überhaupt auf württemb. Recht beruht und unter besonderen Rechtsgrundsätzen steht, so ist insbesondere auch die Pflicht der Eltern zur Sicherstellung des in ihrer gesetzlichen Verwaltung und Nutznießung stehenden hinterfälligen Vermögens ihrer Kinder besonders normiert, und es besteht hiernach eine Verpflichtung der Eltern zur Sicher-

stellung dieses Vermögens ihrer Kinder überhaupt nur insoweit, als dieselbe nach den hierüber geltenden württemb. Rechtsgrundsätzen vorgeschrieben ist [1]).

2. Nach Art. 33 des Pfandges. vom Jahr 1825 stand den Kindern wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der Eltern stehenden beweglichen Vermögens ein gesetzlicher Pfandrechtstitel nur auf die Immobilien der Eltern zu. Ein Recht der Kinder auf Sicherstellung ihres hinterfälligen Vermögens durch Verpfändung von Aktivforderungen wurde aber erst durch die Bestimmung des Art. 41 des Pfandentwickl.Gesetzes vom Jahr 1828 begründet. Den Klägern stände daher ein gesetzlicher Anspruch auf Sicherstellung ihrer Vatergutsforderungen mittelst Verpfändung von Aktivforderungen gegen die Beklagte nur dann zu, wenn derselbe nach Maßgabe des Art. 41 des Pfandentw.Gesetzes für begründet zu erachten wäre.

Der Art. 41 Absatz 1 des Pfandentw.Gesetzes lautet:

In der im vorigen Artikel bestimmten Weise können Eltern, wenn sie kein oder nicht zureichendes unbewegliches Vermögen besitzen, zur gesetzlichen Sicherstellung der Kinder mittelst Verpfändung von Aktivforderungen nach Umständen angehalten werden (vergl. Pfandges. Art. 251).

Im vorhergehenden Art. 40 eod. ist aber bestimmt: ein Faustpfand könne ordentlicher Weise nicht bestellt werden, wenn der Schuldner selbst die verpfändete Sache in Händen behält; von dieser Regel finde eine Ausnahme einzig rücksichtlich solcher Forderungen statt, welche entweder in den Unterpfandsbüchern eingetragen sind oder bei öffentlichen Kassen stehen und zwar nur alsdann, wenn sowohl in der Schuldurkunde, als auch im Unterpfandsbuch, bezw. in den Schuldbüchern der betreffenden Kasse die in Art. 40 näher bezeichnete Vormerkung gemacht ist.

Der Art. 40 des Pfandentw.Gesetzes enthält hiernach keine nähere Bestimmung darüber, in welcher Weise Forderungen

1) Wächter, württ. Priv.R. B. II. S. 350. Not. 18 f. Steinhohl § 242. S. 275. Pfandges. Art. 33. 34. 37. Haupt-Instruktion § 85.

überhaupt verpfändet werden können, sondern er bestimmt nur, in welcher Weise Forderungen, welche im Unterpfandsbuch eingetragen sind oder bei öffentlichen Kassen stehen, auch ohne Uebergabe der Schuldurkunde, verpfändet werden können.

Wenn nun im Anschluß an die Bestimmung des Art. 40 in Art. 41 gesagt wird: „in der im vorigen Artikel bestimmten Weise" können Eltern zur gesetzlichen Sicherstellung der Kinder mittelst Verpfändung von Aktivforderungen nach Umständen angehalten werden, so ist damit ausgedrückt, daß die Eltern zur gesetzlichen Sicherstellung der Kinder mittelst Verpfändung solcher Aktivforderungen nach Umständen angehalten werden können, welche in der in Art. 40 bezeichneten Weise auch ohne Uebergabe der Schuldurkunde verpfändet werden können und diese Verpflichtung der Eltern ist eben damit auf Forderungen, welche im Unterpfandsbuch eingetragen sind oder bei öffentlichen Kassen stehen, beschränkt. Eine Vorschrift, daß die Eltern zur Sicherstellung der Kinder durch Verpfändung von Aktivforderungen überhaupt angehalten werden können, hat in Art. 41 keinen Ausdruck erhalten; wäre dieses aber die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so hätte dies gesagt werden müssen.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 41 läßt sich nicht entnehmen, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Eltern zur Sicherstellung der Kinder durch Verpfändung von Aktivforderungen überhaupt nach Umständen verpflichtet sein sollen.

Der Absatz 1 des Art. 41 des Pfandentw.Ges. stimmt mit dem Absatz 1 des Art. 26 des Gesetzesentwurfs wörtlich überein mit Ausnahme der Worte: „nach Umständen", welche in Art. 26 des Entwurfs fehlen [1]).

In dem Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten ist sodann bemerkt:

„Es soll nun gesetzlich ausgesprochen werden, daß die Obrig-

1) Vergl. die Verh. der Kammer der Abg. v. 1828, zweites außerord. Beil.Heft S. 136.

keit verbunden sei, von Eltern, welche ihre Kinder nicht mit Liegenschaft versichern können, Sicherheit durch Verpfändung von Kapitalien zu verlangen, wenn solche nach der Form des Art. 40 ausführbar ist. Weil aber teils freiwillig, teils auf Anordnung der Obrigkeit Eltern seither schon solche Kapitalbriefe entweder bei der Obrigkeit oder bei dem Pfleger hinterlegt haben, so will der Artikel zugleich auch die Eltern dieser Beschwerde entheben.

Es hat die Mehrzahl ihrer Kommission in Erwägung gezogen, wie groß die Beschwerden für Eltern sind, wenn sie das Vermögen ihrer Kinder mit Aktivforderungen versichern sollen und wie häufig eine solche Versicherung unnötig erscheint. Sie ist daher des Dafürhaltens, daß es dem pflichtmäßigen Ermessen der Gerichte überlassen werden solle, den Eltern die Versicherung des Vermögens ihrer Kinder durch Aktivforderungen anzusinnen oder davon abzustehen und daß die Gerichte für dieses Ermessen nicht verantwortlich sein sollen."

Dieser Antrag der Kommission wurde von der Kammer der Abgeordneten und von der Regierung angenommen und in Absatz 2 des Art. 41 zum Ausdruck gebracht [1]).

Wenn man nun erwägt, daß die Eltern schon nach dem Wortlaute des Gesetzesentwurfs nur zur Versicherung mittelst Aktivforderungen der in Artikel 40 bezeichneten Art verpflichtet werden sollten und daß nach dem Inhalt des Kommissionsberichts die Eltern durch das Gesetz gerade der Beschwerde enthoben werden sollten, daß sie bei der Verpfändung von Aktivforderungen die Schuldurkunde aus ihrer Hand zu geben haben, so kann nicht angenommen werden, daß die Kommission unter den in ihrem Berichte erwähnten Aktivforderungen auch andere Forderungen verstanden hat, als solche, welche gemäß Art. 25 des Gesetzesentwurfs und Art. 40 des Gesetzes auch ohne Uebergabe der Schuldurkunde verpfändet werden können,

---

1) Vgl. Verhandl. der Kamm. d. Abg. vom J. 1828 4. außerord. Beil.Heft S. 196 und 4.—7. Heft der Verh. S. 1770 u. 1771.

zumal da die Frage, ob die Eltern durch Art. 26 des Gesetzesentwurfs zur Sicherstellung der Kinder mittelst Verpfändung von Aktivforderungen überhaupt oder nur durch Verpfändung der im vorhergehenden Artikel genannten Forderungen, welche im Unterpfandsbuch eingetragen sind oder bei öffentlichen Kassen stehen, verpflichtet werden sollen, weder im Kommissionsberichte noch bei der Verhandlung der Kammer der Abgeordneten speziell erörtert worden ist.

Auch daraus, daß in Art. 41 des Pfandent.Ges. auf Art. 251 des Pfandgesetzes Bezug genommen ist, kann nicht entnommen werden, daß die Eltern in Ermanglung von unbeweglichem Vermögen zur Sicherstellung der Kinder mittelst Verpfändung von Aktivforderungen überhaupt verpflichtet sind. Denn der Art. 251 des Pfandgesetzes setzt voraus, daß Jemand zur Sicherheitsleistung mittelst Verpfändung im allgemeinen verpflichtet ist. Wenn aber nach Art. 41 des Pfandentw.Gesetzes die Eltern nur zur Sicherheitsleistung durch Verpfändung von Forderungen, welche im Unterpfandsbuch eingetragen sind oder bei öffentlichen Kassen stehen, verpflichtet sind, so kann die Verweisung auf Art. 251 des Pfandgesetzes nur den Sinn haben, daß Eltern, welche gemäß Art. 41 des Pfandentw.Gesetzes zur Sicherheitsleistung verpflichtet sind, zur Bestellung von Faustpfändern nur dann angehalten werden können, wenn sie dieselbe durch Verpfändung von Aktivforderungen von der in Art. 41 bezw. Art. 40 des Pfandentw.-Gesetzes bezeichneten Art gewähren können [1]).

Hiernach ist sowohl nach dem Wortlaute als nach der Entstehungsgeschichte des Art. 41 des Pfandentw.Gesetzes anzunehmen, daß durch die Bestimmung desselben eine Verpflich-

1) Vgl. Volley, Comm. z. Pfd.E.Ges. S. 1221. Bofcher, Zeitschrift ꝛc. B. I S. 84, dagegen B. VI S. 13. Lang, Perf.Recht (1. Aufl.) S. 397 Note 46, 2. Aufl. S. 512, wo auf Bofcher, B. I S. 84 Bezug genommen ist. Mandry, Manuscr. des württ. Priv.Rechts § 95 l. 5. 6, wo gesagt wird: Den Kindern stehe ein subsidiäres Recht auf Sicherstellung durch Aktivforderungen, die in Art. 41 des Pf.E.Ges. genannt sind, zu.

tung der Eltern zur gesetzlichen Sicherstellung der Kinder mittelst Verpfändung von Aktivforderungen nur mit der Beschränkung auf die in Artikel 40 eod. genannten Forderungen, welche im Unterpfandsbuch eingetragen sind oder bei öffentlichen Kassen stehen, festgesetzt worden ist.

Da aber die Beklagte weder Forderungen, welche im Unterpfandsbuch eingetragen sind, noch solche, welche bei öffentlichen Kassen stehen, besitzt und daher die Sicherstellung der Kläger durch Verpfändung solcher Forderungen nicht gewähren kann (Pfandgesetz Art. 251), so ist der Anspruch der Kläger auf Sicherstellung ihrer Vatergutsforderungen mittelst Verpfändung von Aktivforderungen gesetzlich nicht begründet [1]).

Es ist deshalb auch nicht weiter zu erörtern, ob nach den Umständen des vorliegenden Falles anzunehmen wäre, daß hinreichende Gründe zur Anordnung der Sicherheitsleistung mittelst Verpfändung von Aktivforderungen vorliegen würden (Pfandentw.Gesetz Art. 41 Abs. 2), und es ist ebenso im gegenwärtigen Prozesse nicht zu prüfen, ob die von den Klägern behaupteten Thatumstände bezüglich des Verhaltens der Beklagten geeignet wären, einen Anspruch der Kläger auf Entziehung des Verwaltungsrechts an dem hinterfälligen Vermögen der Kläger nach Maßgabe der Bestimmung des Landrechts Tl. IV tit. 11 § 2 der Beklagten gegenüber zu begründen, da die Kläger im gegenwärtigen Prozesse einen Anspruch auf Entziehung des Verwaltungsrechts gegen die Beklagte nicht erhoben haben.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesger. v. 28. Jan. 1892 in Sachen Schmid c. Schmid.

7.

Haftung des Vormunds für Fahrlässigkeit.

Ein Vormund hat eingewilligt, daß ein dem Mündel zustehendes erstes Unterpfandsrecht durch eine Nachhypothek er-

1) Wächter, württ. Priv.Recht Bd. II S. 351 Note 20.

setzt werde. Der Vormund wurde zum Ersatz des Ausfalls verpflichtet.

Gründe:

1. Die Zulässigkeit der angestellten Klage hat der Beklagte zunächst aus dem Grunde beanstandet, weil er zur Zeit der Klagerhebung noch als Pfleger des minderjährigen Klägers funktioniert habe, weshalb in jenem Zeitpunkte die Anstellung einer auf schuldhafte Amtsführung gestützten Regreßklage unzulässig gewesen und auch jetzt noch als unstatthaft anzusehen sei. Dieses Bedenken ist jedoch nicht begründet. Der gemeinrechtliche Satz, daß vor Beendigung der Vormundschaft Ansprüche des Mündels gegen den Vormund aus dessen Amtsführung nicht klagend geltend gemacht werden dürfen, ist — jedenfalls in dieser Allgemeinheit — in Württemberg nicht in Geltung, sofern hier der Pfleger nicht erst am Schlusse seiner Amtsführung, sondern schon im Laufe derselben an bestimmten Terminen zur Rechenschafts-Ablegung und eventuell zur Ersatzleistung verpflichtet ist. Es ist denn auch die Zulässigkeit gerichtlicher Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen den noch im Amte befindlichen Pfleger in der Praxis nicht beanstandet[1]) und es findet diese Praxis in Art. 37 Pfandges. auch einen gesetzlichen Anhalt.

Im vorliegenden Falle ist übrigens zur Zeit die Amtsführung des Beklagten endgültig beendigt.

2. Anlangend sodann die weitere, von den Parteien erörterte Frage: inwieweit der Beklagte zur vormundschaftlichen Vertretung des Klägers legitimiert war, so kann diese Frage nach Lage der Sache auf sich beruhen bleiben: ob man annimmt, daß der Beklagte wirklicher Vormund des Klägers geworden und noch zur Zeit des 1. Juni 1883 gewesen sei oder nicht, ist für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits unerheblich. Unzutreffend ist insbesondere die Behauptung der Berufung, daß mit der Annahme, Beklagter sei nicht rechter Vormund des Klägers gewesen, der Klagegrund ohne weiteres hinfällig würde. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Klage

1) vgl. Lang, Personenrecht § 102 Nr. 23. § 101. Nr. 53.

nicht sowohl auf die Thatsache ordnungsmäßiger Uebertragung des Vormundamtes und auf Verletzung einer speziellen Amtspflicht, als vielmehr im allgemeinen auf die Thatsache gegründet ist, daß Beklagter in Wirklichkeit die Geschäfte der Pflegschaft geführt und die hieraus entspringende allgemeine Pflicht sorgfältiger Interessenwahrung verletzt habe. Nachdem der Beklagte thatsächlich die Pflegschaft übernommen und deren Geschäfte in der Absicht, für solche zu handeln, geführt hat, haftet er, wenn er auch rechtlich nicht zur Vertretung des Klägers legitimiert gewesen wäre, für die Folgen seines Handelns ganz nach Maßgabe der für einen ordnungsmäßig bestellten Vormund geltenden Rechtsgrundsätze und er hat insbesondere dem Mündel gegenüber, wie anerkannten Rechtens ist, ebenso wie der rechte Vormund für jeden Schaden einzustehen, den er durch Mangel des gewohnten Fleißes an dem Mündelvermögen verursacht hat.

3. Maßgebend ist hienach die Frage, ob Beklagter bei Besorgung der Pflegschafts-Geschäfte und speziell bei dem Pfandsurrogierungs-Vertrag vom 1. Juni 1883 unvorsichtig gewesen und selbst diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, außer Acht gesetzt und hiedurch den Kläger geschädigt hat.

Diese Frage war mit dem ersten Richter zu bejahen. Vor allem ist davon auszugehen, daß das Pfandrecht, dessen Löschung der Beklagte bei jenem Vertrag vom 1. Juni 1883 bewilligt hat, durch die Unterpfandsbestellung vom 15. April 1882 rite für den Kläger erworben worden war. Ob der Beklagte, der bei dieser Pfandbestellung als Pfleger des Klägers mitgewirkt hat, rechtlich zur Vertretung des Letzteren und zum Erwerb von Rechten für denselben legitimiert war, ist für die Gültigkeit jenes Rechtserwerbs ohne Belang; denn da es sich im vorliegenden Falle nur um Realisierung eines für eine unbestrittene Muttergutsforderung kraft Gesetzes begründeten Pfandrechtstitels handelte, so genügte es zur Entstehung des Pfandrechts vollkommen, daß auf Anregung der Teilungsbehörde, welche zur Geltendmachung jenes Pfandrechtstitels

von Amts wegen verpflichtet war und insofern den Kläger vertrat, die Pfandbestellung von der Unterpfandsbehörde vorgenommen worden ist [1]).

Das so erworbene erste Pfandrecht auf Parz. Nr. 18/1 bildete sonach zur Zeit des 1. Juni 1883 unzweifelhaft einen Bestandteil des Mündelvermögens; es hat daher der Beklagte, indem er an dem genannten Tage jenes Pfandrecht gegen anderweite Surrogate aufgegeben und dessen Löschung bewilligt hat, ohne Zweifel einen Teil des Mündelvermögens veräußert. Ob diese Veräußerung formell rechtsgültig und unanfechtbar, oder ob sie — sei es nun wegen mangelnder Legitimation des Beklagten oder wegen fehlenden Consenses der Vormundschaftsbehörde — als nichtig anzusehen, ob ferner das veräußerte Recht entgültig für den Kläger verloren gegangen sei oder gegen den dritten Besitzer des Unterpfands noch geltend gemacht werden könne, kann wiederum dahingestellt bleiben. Denn keinenfalls steht dem Beklagten zu, den gegen ihn gerichteten Angriff mittelst Verweisung des Klägers auf einen Dritten abzuweisen; vielmehr steht dem Mündel, wie dies schon der Vorrichter zutreffend und unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung des Oberlandesgerichts ausgeführt hat, die Wahl offen, ob er die Rechte, welche ihm ohne die fragliche Veräußerung zustünden, gegen den Dritten geltend machen oder den Vormund, soweit diesem die Veräußerung zur Schuld zuzurechnen ist, wegen Schadenersatzes in Anspruch nehmen will.

Diese Veräußerung ist dem Beklagten auch zur Schuld anzurechnen: Kraft seines ursprünglichen Pfandrechts war der Kläger für die ihm unbestrittenermaßen in Höhe von 4354 M. 93 Pfg. zustehende Muttergutsforderung auf pfandfreier Liegenschaft im Wertsanschlag von 7800 M. versichert. Daß dieser Anschlag dem wirklichen Wert der Liegenschaft nicht entsprochen hätte, kann nicht mit Grund angenommen werden. Es erscheint der Wertsanschlag in Höhe von 7800 M. als durchaus unverdächtig und es war daher die damalige Pfandsicherheit des Klägers — erste Hypothek auf einer nahezu doppelte

1) Pfandges. Art. 173. 34.

Sicherheit bietenden Liegenschaft — als eine durchaus günstige zu bezeichnen.

Obliegenheit des Beklagten war es daher, diese Pfandsicherheit zu wahren und ungeschmälert zu erhalten. Eine freiwillige Veränderung derselben durch Surrogierung anderer Unterpfänder war zwar nicht ausgeschlossen, aber doch nur unter der Voraussetzung statthaft, daß die Neuversicherung vermöge des durch sie gewährten Sicherungswertes im Interesse des Mündels gelegen, insbesondere eine Gefährdung des Mündelvermögens in seinem Bestande nicht zu besorgen war.

Diese Voraussetzung war nun aber bei dem hier in Frage stehenden Pfandgeschäft vom 1. Juni 1883 nicht gewahrt. Die durch dieses Geschäft bewirkte Veränderung der Pfandsicherheit konnte für einen sorgsamen Vermögensverwalter nicht als annehmbar erscheinen. Wenn auch das gesetzlich gebotene Maß der Sicherheit an sich noch immer gegeben war, so konnte dies nicht entscheidend sein. Die Versicherung der Pflegschaft war nun einmal längst vollzogen und abgeschlossen, und es mußte daher der Beklagte, wenn es sich um Substituierung anderer Pfandstücke handelte, seine Entschließung vor allem davon abhängig machen, ob diese neuen Unterpfänder nicht bloß die gesetzliche Pupillarsicherheit, sondern auch relativ, ob sie im Vergleich mit der bisher bestandenen Pfandsicherheit eine gleich genügende Garantie gewähren.

Hätte der Beklagte diese Frage sich vorgelegt und sie unter Abwägung der für die künftige Befriedigung der Forderung in Betracht kommenden Umstände geprüft, so konnte ihm nicht entgehen, daß die neue Sicherung der bisherigen nicht gleichwertig und daher nicht annehmbar war. Während nämlich der Kläger bisher das absolute und durch keine Konkurrenz beschränkte Zugriffsrecht auf den Erlös eines — seine Forderung um mehr als das $1^1/_2$fache bis doppelte übersteigenden Liegenschaftswertes gehabt hatte, war er im Falle der vorgeschlagenen Neuversicherung nur noch auf Nachhypotheken, somit auf eine Art der Sicherung angewiesen, welche, weil sie nur noch eine bedingte und von zufälligen Umständen abhängige

ist, stets und allgemein als eine mißliche und bedenkliche angesehen wird. Im vorliegenden Falle war weiter offensichtlich, daß bei der Annahme der Nachhypothek jedes erhebliche Sinken der Güterpreise, überhaupt jede stärkere Wertsverminderung der Pfandstücke die Befriedigung des Klägers in ganz anderem Maßstab und in viel einschneidenderer Weise beeinträchtigen mußte, als im Falle der Beharrung auf der bisherigen Pfandsicherheit.

Noch größer aber mußte die Verlustgefahr für den Kläger als Nachpfandgläubiger dann werden, wenn aus der Pfandmasse nicht bloß die Hauptforderung des Vorpfandgläubigers, sondern zudem noch, wie dies häufig der Fall ist, ein mehrjähriger Rückstand an Zinsen vorweg zu decken war. Gerade diese voraussichtliche Steigerung der Vorpfandschuld mußte den Beklagten dazu führen, daß er auf eine Neuversicherung überhaupt nur dann eingehen dürfe, wenn dieselbe auch nach 1½-fachem Abzug der Vorschuld noch immer das gleiche Maß der Sicherheit biete, wie der bisherige Pfandstatus. Diese Voraussetzung war aber offenbar nicht gegeben; denn nach 1½-fachem Abzug der Vorpfandschuld in Höhe von 7600 M., also nach Abzug von 11 400 M., verblieb für den Kläger an dem zu 16 300 M. angeschlagenen Wert der Unterpfänder nur noch ein Rest von 4900 M., während er, wenn es bei der früheren Pfandsicherheit verblieben wäre, einen Pfandwert von vollen 7800 M. zu seiner Deckung gehabt hätte. Daß der Beklagte diese so nahe liegenden, bei jeder Verpfändung zunächst in Betracht kommenden Eventualitäten nicht ins Auge gefaßt hat, kann ihm mit Grund zum Vorwurf gemacht werden, zumal da er, schon durch die jeder Nachversicherung anhaftenden Bedenken zu besonderer Wachsamkeit aufgefordert war. Statt dessen hat er, wie er selbst angiebt, in blindem Vertrauen auf den Zuspruch seines Ortsvorstehers, „die Sache habe gar nichts zu sagen, er solle nur unterschreiben u. s. w.", also ohne Ueberlegung der Tragweite seines Handelns die bestehende Pfandsicherheit aufgegeben und damit die Interessen des Mündels gefährdet. Ein solches Verhalten, welches weder durch

die behauptete Unerfahrenheit des Beklagten in Geschäften entschuldigt, noch auch durch die Rücksicht auf die sonstige günstige Vermögenslage des Schuldners gerechtfertigt werden kann, verstößt gegen die Pflichten eines Verwalters fremden Vermögens. Und auch die Annahme, daß der Beklagte in eigenen Angelegenheiten nicht anders gehandelt haben würde, ist nicht allein völlig unbescheinigt, sondern auch innerlich ganz unglaubwürdig, da das Zurücktreten von erster Hypothek in zweite allgemein und insbesondere auch in denjenigen Kreisen, zu denen der Beklagte gehört, als ein äußerst gewagter Schritt angesehen wird und daher nicht zu zweifeln ist, daß der Beklagte, wenn es sich um ein eigenes Pfandkapital gehandelt hätte, den ihm gemachten Vorschlag nicht ohne weiteres acceptiert, sondern zunächst nach allen Seiten überlegt und sodann unter den gegebenen Umständen entschieden zurückgewiesen hätte; demzufolge ist auch die Feststellung gerechtfertigt, daß Beklagter durch Einwilligung in den Pfandsurrogierungsvertrag vom 1. Juni 1883 selbst die von ihm in eigenen Angelegenheiten sonst beobachtete Sorgfalt verletzt und daher für den hieraus dem Kläger erwachsenen Schaden einzustehen hat.

4. Dem Verlangen des Beklagten, daß ihm die Klagrechte des Mündels gegen Dritte abgetreten werden müssen, hat die klagende Vormundschaft durch die abgegebene Erklärung entsprochen.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts v. 12. Febr. 1891 in Sachen Rieger c. Weber.

8.

Thatsächlicher Erbschaftsantritt.

Die Pflicht zur Ausstattung gemeinschaftlicher Kinder ist eine Errungenschaftslast.

Der in Konkurs geratene Kaufmann N. hat auf die ihm angefallene Erbschaft an dem Vermögen seiner Ehefrau verzichtet, wodurch diese Erbschaft seinen Kindern zukam. Der Konkursver-

walter will diesen Verzicht deshalb nicht gelten lassen, weil N. schon früher die Erbschaft durch Einmischung in dieselbe erworben habe. Diese Einmischung wird darin gefunden: N. habe unbestrittenermaßen nach dem Tode seiner Ehefrau das gemeinschaftliche, in einem kaufmännischen Geschäft bestehende Vermögen an sich genommen und den Betrieb des Geschäfts in gleicher Weise wie vorher fortgesetzt. Derselbe habe auch dem Gerichtsnotar gegenüber den Antrag gestellt, die Eventualteilung über den Nachlaß seiner Ehefrau aufzuschieben, und er habe seine Gläubiger mittelst Zirkulars benachrichtigt, daß er sein Geschäft nach wie vor forttreibe und gebeten, daß sie ihn unter Entlassung seiner Kinder aus ihrer Mitverbindlichkeit als Alleinschuldner annehmen. Weiter hat der Konkurs-Verwalter behauptet, daß, da die Ausstattung der Kinder eine gemeinschaftliche Pflicht der Eltern sei, trotz der Anrufung der weiblichen Freiheiten die Hälfte der gegebenen Ausstattungen an dem Sondergut der Mutter der Kinder abgehe.

Die letzteren haben gegen den Konkursverwalter auf Feststellung ihrer Muttergutsforderung geklagt, und es ist ihren Anträgen gemäß erkannt worden.

Gründe:

I. Ob die Bestimmung des Landrechts III, 21 § 3 über den thatsächlichen Erbschaftsantritt dahin auszulegen ist, daß gewisse Handlungen des Erben eine Rechtsvermutung dafür begründen sollen, daß der Erbe hiemit die Erbschaft angetreten hat, kann dahin gestellt bleiben. Denn dies würde jedenfalls nur von „dergleichen Handlungen" gelten, die von keinem andern, dann der ein Erb ist, für sich selbsten in seinem Namen geschehen mögen." Die „Verkaufung" oder „Nüssung" der „Erbschafft Güter" ist nun eine solche Handlung wohl dann, wenn ein zur Erbschaft Berufener sie vornimmt, der abgesehen von seinem Erbrecht keinen Anspruch auf die verkauften oder benützten Vermögensbestandteile hat. So liegt aber die Sache hinsichtlich des Gemeinschuldners N. nicht. Daß derselbe über Gegenstände verfügt hätte, welche zum Sondergut seiner verstorbenen Ehefrau gehörten, ist nicht behauptet. In der Ver-

fügung über Sachen aber, welche zur Errungenschaft gehören, also im Miteigentum des überlebenden Ehegatten stehen, kann schon darum ein thatsächlicher Erbschaftsantritt nicht mit Sicherheit gefunden werden, weil der überlebende Ehegatte, wenn er sich bis zur Entscheidung über den Erbschaftsantritt jeder Verfügung über derartige Gegenstände enthalten würde, damit unter Umständen der Benützung des größten Teils auch seines eigenen Vermögens beraubt wäre.

Im gegenwärtigen Fall kommt aber noch hinzu, daß dem Gemeinschuldner N. ein Verfügungsrecht hinsichtlich des beweglichen Nachlasses seiner Ehefrau auch kraft seines Rechts zur Verwaltung und Nutznießung des Mutterguts seiner Kinder, die neben ihm zur Erbschaft berufen waren, zustand und daß, wie Beklagter selbst anführt — das gemeinschaftliche Vermögen in einem kaufmännischen Geschäft bestand, dessen ununterbrochene Fortführung durch den Wittwer diesem ganz selbstverständlich erscheinen mußte. Daß er hiedurch eine Entscheidung über den Antritt der Erbschaft seiner Frau treffe, — dieser Gedanke mußte einem nicht rechtsverständigen Mann wie N. durchaus fern liegen. Kann aber die angeführte Handlungsweise desselben als Ausfluß der Absicht, die Erbschaft seiner Frau anzutreten, nicht angesehen werden, so läßt sich in derselben auch kein thatsächlicher Erbschaftsantritt finden.

II. Ob in dem förmlichen Antrag eines überlebenden Ehegatten, die Vornahme einer Eventual-Teilung über den Nachlaß des Vorverstorbenen zu verschieben, mit dem früheren Obertribunal die Erklärung des Erbschaftsantritts zu finden ist, bedarf keiner Erörterung. Denn mit Recht hat der vorige Richter hervorgehoben, daß es zu einem solchen Antrag seitens des N. nicht gekommen ist.

Es wird weiter ausgeführt, daß die behaupteten Aeußerungen nur als vorläufige Erklärungen aufgefaßt werden könnten und fortgefahren: Mit Recht bemerkt der vorige Richter, daß die entscheidenden Erklärungen der Erbberechtigten in Württemberg regelmäßig erst anläßlich der vor der Teilungsbehörde stattfindenden Verhandlung abgegeben werden (wofern

nicht — was im gegenwärtigen Fall nicht zutrifft — die Teilung privatim vorgenommen werden will).

III. Darin, daß N. seine Gläubiger zu veranlassen suchte, ihn unter Entlassung seiner Kinder aus der Mithaftung als Alleinschuldner anzunehmen, kann ein thatsächlicher Erbschaftsantritt desselben unter keinen Umständen gefunden werden. Denn N. haftete diesen Gläubigern jedenfalls, ob er die Erbschaft antrat oder ausschlug, für ihre ganze Forderung, sofern es eben Geschäftsgläubiger waren, mit welchen er ohne Zweifel allein und nur auf seinen Namen kontrahiert hatte.

IV. Die Ansicht des Beklagten, daß Kläger trotz Anrufung der weiblichen Freiheiten sich die Hälfte der von den N'schen Eheleuten ihren Töchtern gegebenen Ausstattungen in dem genannten Betrag am Sondergut ihrer Mutter abziehen lassen müssen, ist nicht haltbar.

Denn wenn auch richtig ist, was seitens des Beklagten über die Ausstattungspflicht beider Eltern vorgetragen wird, so kann doch der hieraus gezogenen Schlußfolgerung nicht beigestimmt werden. Die Ausstattung der Kinder ist eine ehegesellschaftliche Last und die durch derartige Lasten herbeigeführte Verminderung ihres Sonderguts wälzt die Ehefrau durch Anrufung der weiblichen Freiheiten — nach der Ausgestaltung, welche dieses Rechtsinstitut in Württemberg gefunden hat, — schlechthin auf den Ehemann über, ohne daß hinsichtlich der durch die Ausstattung der Kinder verursachten Einbuße eine Ausnahme stattfände. Von dieser in Theorie und Praxis fast allgemein angenommenen Ansicht, welcher das Oberlandesgericht schon bisher gefolgt ist, vergl. Jahrb. der württ. Rechtspflege Bd. 1 S. 253 und die dortigen Citate, auch Boschers Zeitschrift Bd. 1 S. 78 (Wächter) — abzugehen, lag kein Grund vor, zumal da andernfalls, wie Kläger mit Recht hervorheben, auch der für Ernährung der Kinder gemachte Aufwand am Sondergut der Ehefrau abzuziehen wäre, was doch anscheinend noch nie von irgend einer Seite als geltendes Recht behauptet worden ist. Hienach erscheint der Anspruch der Kläger als begründet.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 25. Septbr. 1891 in Sachen des Konkursverwalters Stroh c. die Christiane H., Feststellung im Konkurs betr.

9.

Gerichtsstand des Erfüllungsorts.

Der Erblasser der Beklagten wohnte in A. und hat hier eine Bürgschaftsverbindlichkeit eingegangen. Die Beklagte von dem Kläger vor dem Landgericht zu E., zu dessen Sprengel A. gehört, aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, machte die Unzuständigkeit des Gerichts geltend, da die Beklagte außerhalb des Sprengels des Landgerichts zu E. ihren Wohnsitz habe. Die Einrede wurde verworfen.

Gründe:

Die Ansicht des Richters erster Instanz, daß in den Fällen, wo ein Ort der Vertragserfüllung nicht ausdrücklich genannt und durch den Gegenstand der Leistung oder durch sonstige Anhaltspunkte nicht in unanfechtbarer Weise von selbst gegeben sei, der zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehende Wohnsitz des Schuldners als Ort der Vertragserfüllung als stillschweigend vereinbart gelten müsse, deckt sich im wesentlichen mit der Lehre Savigny's (System Band VIII § 370; Obl. I § 49) und Wetzells (Civilprozeß 2. Aufl. § 41 S. 443 f.), welche in der Rechtsprechung der deutschen Obergerichte Anerkennung gefunden hat und insbesondere auch in derjenigen des Berufungsgerichtes angenommen ist. Die Praxis hat sich auch durch die in neuerer Zeit vereinzelt dagegen erhobenen gegenteiligen Doktrinen umsoweniger bestimmen lassen, als mit der Einführung des Handelsgesetzbuches diese Rechtsanschauung für das Gebiet des Handelsrechtes eine ausdrückliche gesetzliche Sanktion erhalten hat.

Da nun im vorliegenden Falle der Erblasser der Beklagten zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeit in A. Landgerichtsbezirk E. wohnte, und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß

die Vertragsparteien die Erfüllung der übernommenen Bürgschaftsschuld an einem anderen Ort in Aussicht nahmen, da insbesondere die den Akten I. Instanz anliegende Bürgschaftsurkunde vom 27. Dezember 1874 keinen Zweifel darüber läßt, daß die Vertragsparteien nicht daran dachten, über die Erfüllung der Bürgschaftsobligation etwas in dem Sinne zu disponieren, daß der Erfüllungsort der Hauptobligation als solcher für sie gelten solle, so muß, ohne daß es einer Untersuchung der Frage bedurfte, welcher Erfüllungsort der Hauptobligation zukommt, A. als Erfüllungsort angesehen werden, der mit dem Tode des ursprünglichen Schuldners sich nicht geändert hat, weshalb das angerufene Gericht nach § 29 C.P.O. für die erhobene Klage auf Erfüllung des Bürgschaftsvertrages zuständig erscheint.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 12. November 1891 in Sachen Ascher c. Weil.

10.

Verhältnis der negativen Feststellungs- und der Negatorienklage.

Der Beklagte nimmt das Recht in Anspruch, über eine dem Kläger gehörige Einfahrt zu seinem Anwesen zu gehen und zu fahren und er hat auch dieses Recht schon des Oefteren ausgeübt. Der Kläger hat beantragt zu erkennen, daß der Beklagte schuldig sei, anzuerkennen, daß ihm gegenüber dem Kläger ein Recht zum Fahren und Gehen von und zu seinem Anwesen durch die im Miteigentum des Klägers stehende Einfahrt nicht zustehe. Derselbe hat auf eine Frage des Gerichts ausdrücklich erklärt, daß er nur die Feststellungsklage, nicht die negatorische Klage angestellt habe und daß er nicht beantrage, auszusprechen, der Beklagte habe das Gehen und Fahren über die Einfahrt des Klägers zu unterlassen.

Die Berufung gegen das die Klage abweisende Urteil 1. Instanz ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

Die erhobene Klage wird von dem Kläger selbst als Feststellungsklage bezeichnet. Bezweckt wird, wie klägerischerseits auch in dieser Instanz hervorgehoben wurde, die Feststellung durch gerichtliches Urteil, daß dem Beklagten das streitige Fahr- und Gehrecht nicht zustehe, wenn auch das Klagegesuch nicht ausdrücklich auf diese Feststellung, sondern auf Verurteilung zur Anerkennung des Nichtbestehens des in Anspruch genommenen Rechtes lautet. Zur Klagbegründung wurde nach der Feststellung durch den Thatbestand zum angefochtenen Urteile vorgetragen: Der Beklagte habe ein Ein- beziehungsweise Ueberfahrtsrecht hinsichtlich der in Frage stehenden Einfahrt in Anspruch genommen und ausgeübt, das ihm nicht zustehe. Kläger habe zwar bisher die Einfahrt stillschweigend geduldet; allein, da der Beklagte den Kläger beschädigt habe, sofern er die mit gutem Steinbesatz versehene Einfahrt total zusammengeführt, auch den an der rechten Seite der Einfahrt angebrachten Radabweiser weggerissen habe, auch seinen Mietsleuten gestattet habe, den Durchgang durch diese Einfahrt zu seinem Anwesen zu nehmen, schließlich ein Recht zur Fahrt in Anspruch zu nehmen gesucht habe, sehe sich Kläger zur Klage genötigt. Derselbe habe ein sehr erhebliches rechtliches Interesse daran, alsbald festgestellt zu wissen, daß dem Beklagten das von demselben in Anspruch genommene Recht nicht zustehe. Es bedürfe nur des Hinweises auf die unbestreitbare Thatsache, daß das Anwesen des Klägers durch die Existenz des behaupteten Ein- und Durchfahrtsrechtes in seinem Verkaufswerte erheblich beeinträchtigt und daß der Kläger in seinem Eigentumsbesitze durch die Art und Weise, wie der Beklagte sein vermeintliches Recht thatsächlich ausübe, beschädigt werde. Als der Beklagte im Hinblick auf diese Klagbegründung die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestritt, weil hiernach die auf Kondemnation d. h. auf Unterlassung der Eigentumsstörung gerichtete negatorische Klage angestellt werden könnte und müßte, machte Kläger geltend, es handele sich um die negative Feststellungsklage, welche stattfinde auf Grund eines gegen Dritte

verfolgbaren absoluten Rechtes. Da die Klage nicht auf eine Leistung gerichtet sei, sei das Urteil allerdings „nicht vollstreckbar", allein dieser Umstand stehe der Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage in keiner Weise im Wege, da sie formelles Recht unter den Parteien schaffe, was ihr ausschließlicher Zweck sei. Da das rechtliche Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung genügend dargethan sei, wurde auch eine Erweiterung des Klagantrages vom Kläger abgelehnt.

Nach all' dem kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß der Kläger die negative Feststellungsklage in Beziehung auf das von dem Beklagten in Anspruch genommene Recht anstellen wollte und angestellt hat.

Die Feststellungsklage unterliegt nach § 231 C.P.O. gewissen Beschränkungen. Vor allem hängt ihre Zulässigkeit ab von dem Nachweise eines rechtlichen Interesses des Klägers daran, daß **alsbald** das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werde. Dies gilt auch für die actio negatoria, wenn sie auf die Negierung eines von einem Dritten beanspruchten Rechtes beschränkt wird, oder von der negativen Feststellungsklage gegenüber dem Bestehen einer dinglichen Last. § 231 der C.P.O. regelt die Befugnis, auf alsbaldige bloße Feststellung oder Anerkennung eines Rechtsverhältnisses zu klagen, **allgemein**. Wohlbewußt, daß hiermit in eine dem Civilrecht angehörige Materie eingegriffen wird, stellt die Civilprozeßordnung hier den für alle Fälle gültigen Grundsatz auf, wann und unter welchen Voraussetzungen die Feststellungsklage zulässig sein soll, ehe noch die materiellen Folgen des betreffenden Rechtsverhältnisses in Anspruch genommen werden können („alsbald"), wodurch gegenüber den Schwankungen in Theorie und Praxis festes allgemein gültiges Recht geschaffen werden sollte. Klagen auf Anerkennung oder Feststellung eines dinglichen Rechtsverhältnisses, insbesondere des Eigentums und der Freiheit des Eigentumes wurden allerdings schon früh, auf Grund des römischen Rechtes zugelassen; allein dies waren nur unbestrittene Fälle aus dem weiten Kreise derjenigen Rechtsverhältnisse, für welche die Zulässigkeit der

Feststellungsklage als Bedürfnis erschien. Demgemäß wird auch in den Motiven zu § 231 C.P.O. ausdrücklich hervorgehoben, zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen sei nicht zu unterscheiden, das Bedürfnis nach einheitlicher Regelung bestehe für beide in gleichem Maße, und es werde die Klage auf Feststellung in Beziehung auf beide Arten von Rechtsverhältnissen derselben Rechtsregel unterworfen [1]).

Nach § 231 C.P.O. soll hiernach, obwohl die materiellen Folgen eines Rechtsverhältnisses noch nicht in Anspruch genommen werden können, d. h. noch nicht auf Leistung geklagt werden kann, doch die Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses selbst unter der Voraussetzung eines rechtlichen Interesses an der sofortigen Feststellung zulässig sein, und es bildet insoweit die Feststellungsklage eine Ausnahme von der Regel, daß jede Klage auf eine praktisch vollziehbare und wirksame Verurteilung des Beklagten gerichtet sein muß. Dies ist auch der konsequent festgehaltene Standpunkt des Reichsgerichts [2]).

Allerdings wird in Beziehung auf die negatorische Klage auch heutzutage angenommen, zu ihrer Begründung genüge schon wörtliche Berühmung eines Servitutenrechtes seitens des Gegners, und es hat der Kläger in zweiter Instanz die Frage aufgeworfen, ob die von ihm erhobene Klage nur die Feststellungsklage sei und nicht vielmehr die actio negatoria gegenüber der von dem Beklagten im Vorprozesse ausgesprochenen Berühmung, daß ihm das streitige Servitutenrecht zustehe. Allein auch eine auf die bloße Berühmung gestützte negatorische Klage kann auf eine praktisch wirksame und vollziehbare Verurteilung des Beklagten, nämlich auf Unterlassung der Berühmung gerichtet sein, womit die Klage auf Feststellung verbunden

1) Motive zu § 223 Entw. S. 182 ff., vgl. Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 27 S. 269 f., württemb. Archiv XII S. 1 ff.; Windscheid, Pand. I § 198 bes. Note 8 vgl. mit § 45 Nro. 3. Note 8; Sintenis Civilrecht I § 52. Nro. IIa, Anm. 65b vgl. mit § 28 Anm. 1.

2) vgl. Entsch. des R.G. in Civils. IV Nro. 103 und 130, XIII Nro. 123; Bähr, Urtheile des Reichsgerichtes S. 148. Nro. 8.

werden mag. Den Antrag auf eine derartige Verurteilung des Beklagten hat der Kläger aber zu stellen unterlassen. Als Klage auf Feststellung allein ist heutzutage auch die auf das bloße Berühmen gestützte negatorische Klage dem Grundsatz des § 231 unterworfen, also an den Nachweis eines rechtlichen Interesses an der sofortigen Feststellung des Rechtsverhältnisses gebunden. In einem solchen Falle, zumal wenn es sich um die Freiheit eines Grundstückes von einer dinglichen, den Wert des Grundstückes herabdrückenden Last handelt, wird zwar der Richter, wie in ähnlichen Fällen, aus naheliegenden Gründen gewöhnlich keinen Anstand nehmen, das rechtliche Interesse des Klägers an der sofortigen Feststellung des Nichtbestehens der Last als erwiesen zu betrachten. Die Zulässigkeit der Klage hängt jedoch solchenfalles davon ab, daß der Eingriff in das freie Eigentum des Klägers in der bloßen Behauptung einer solchen Last bestehe. Diese Voraussetzung trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu.

Nach der oben eingehend wiedergegebenen Klagbegründung hat der Beklagte nicht allein sich des streitigen Rechtes berühmt, sondern das Gehen und Fahren über die fragliche Einfahrt als sein Recht ausgeübt und beansprucht die fernere Ausübung. Den Anlaß zur Klage gab dem Kläger ferner nicht bloß die Berühmung des Beklagten, sondern die Ausübung des beanspruchten Rechtes durch den Beklagten, die Art und Weise der Ausübung und die hiedurch herbeigeführte Schädigung und Störung des Klägers an seinem Eigentum und im Eigentumsbesitz. Demgemäß war der Kläger ebenso veranlaßt wie berechtigt, mit der negatorischen Klage, welche in solchem Falle auf Beseitigung des beeinträchtigenden Zustandes bezw. auf Unterlassung der das Eigentum beeinträchtigenden Handlungen des Beklagten zu richten ist, gegen den Beklagten aufzutreten, d. h. Leistungsklage zu erheben und damit ein praktisch wirksames, vollstreckungsfähiges Urteil zu erlangen. Bei dieser Sachlage konnte der Kläger die Feststellungsklage nur erheben, wenn bestimmte Umstände eine vorausgehende besondere Feststellung des Rechtsverhältnisses, welches die Handlungen und Störungen

des Beklagten als unberechtigte erscheinen läßt, als im Interesse des Klägers gelegen erheischen. Ohne den Nachweis solcher Umstände war der Kläger nach dem über den Sinn der Vorschrift des § 231 der Civilprozeßordnung Ausgeführten auf die Erhebung der Leistungsklage angewiesen.

Der Kläger hat nach verschiedenen Richtungen das Bestehen eines rechtlichen Interesses auf seiner Seite an der sofortigen Feststellung der Nichtexistenz des vom Beklagten beanspruchten Rechtes nachzuweisen versucht. Einmal durch die Behauptung, der Verkaufswert seines Anwesens würde durch die Existenz dieses Rechtes erheblich beeinträchtigt. Allein dieser Nachteil berechtigte ihn, wenn er die Leistungsklage mit Aussicht auf Erfolg erheben konnte, nicht, willkürlich die Feststellungsklage anzustellen: Es liegt auf der Hand, daß jenem Nachteil auch durch ein der Leistungsklage entsprechendes Urteil vorgebeugt wurde. Allerdings macht Kläger geltend, die Erhebung und Durchführung der Leistungsklage wäre für ihn schwieriger gewesen, als die Durchführung der Feststellungsklage, weil für jene, nicht aber für diese der Beweis der von dem Beklagten ausgehenden Störungen des Klägers nötig wäre, dieser Beweis aber dem Kläger vielleicht schwer fallen könnte. Es kann zugegeben werden, daß unter Umständen auch Beweisschwierigkeiten die Erhebung der Feststellungsklage zu rechtfertigen vermögen. Allein solche Schwierigkeiten waren im vorliegenden Falle von Anfang an nicht in Aussicht zu nehmen, weil der Beklagte gar kein Hehl daraus machte, daß er die fragliche Einfahrt zum Fahren und Gehen von und zu seinem Anwesen benützte und vermöge eines ihm zustehenden Rechtes benutzen wolle. Weiter macht der Kläger geltend, die Erhebung der Feststellungsklage gewährleiste ihm allein die Erlangung eines Urteiles, auf Grund dessen er die Berichtigung der öffentlichen Bücher der Gemeinde Fr., in welchen das vom Beklagten beanspruchte Recht eingetragen sein müsse, verlangen könnte. Allein, abgesehen davon, daß kein Grund ersichtlich ist, aus welchen nicht auch mit der Leistungsklage ein solches Urteil sollte erreicht werden können, hat der Kläger auf Be-

fragen nicht zu behaupten vermocht, daß in der That in irgend einem öffentlichen Buche in Fr. das beklagterseits beanspruchte Recht für den Beklagten eingetragen sei.

Der Behauptung des Klägers endlich, der Beklagte habe kein Interesse an der Bestreitung der Zulässigkeit der Feststellungsklage, weil es in seiner Hand liege, durch Unterlassung fernerer Störungen einen künftigen zweiten Prozeß überflüssig zu machen, steht der Sinn der Vorschrift in § 231 C.P.O. direkt entgegen. Denn nach derselben hängt die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht von der Existenz oder Nichtexistenz eines Interesses auf Seite des Beklagten, sondern von dem Nachweise eines rechtlichen Interesses auf Seite des Klägers ab und es stellt der § 231 eine absolute, der Parteiwillkür entrückte Regel auf.

Andere Umstände zum Nachweise seines rechtlichen Interesses im Sinn des § 231 hat Kläger nicht angeführt. Aus den angeführten Umständen ist, wie gezeigt, ein solches Interesse nicht zu entnehmen. Die Thatsache, daß der Beklagte in erster Instanz gegenüber der auf Feststellung der Nichtexistenz einer Grunddienstbarkeit gerichteten Klage die Einwendung erhob, der Kläger habe ihm das Recht zum Gehen und Fahren über die fragliche Einfahrt jedenfalls als persönliches Recht eingeräumt, kann nicht als Beweismoment für das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses des Klägers verwertet werden. Der Ausdehnung der negativen Feststellungsklage auf einen diesfallsigen Anspruch des Beklagten aber steht alles das entgegen, was über die Unzulässigkeit der auf die Nichtexistenz einer Grunddienstbarkeit gerichteten Feststellungsklage ausgeführt worden ist.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 23. Oktober 1890 in Sachen Wagner c. Bulling.

11.

Rückgabe der dem Gericht vorgelegten Handakten eines Anwalts.

Ein Anwalt hatte seine Handakten als Beleg für die Ansätze seiner Kostenrechnung dem Gericht vorgelegt. Die Gerichtsschreiberei eines Landgerichts weigerte sich, dieselben zurückzuschicken, mit dem Anfügen, dieselben liegen zur Abholung durch den Anwalt bereit. Die von dem letzteren gegen dieses Verfahren erhobene Beschwerde wurde für begründet erachtet.

Gründe:

I. Zur Entscheidung stehen die Fragen:

1. ob die von einem Anwalt seinem Kostenfestsetzungsgesuch beigeschlossenen Handakten ihm von Amts wegen beziehungsweise jedenfalls auf sein Ersuchen durch den Gerichtsdiener oder durch die Post seitens der Gerichtsschreiberei zurückzustellen oder ob dieselben ihm lediglich zur Ablangung in Person oder durch einen Boten auf der Gerichtsschreiberei bereit zu halten sind?

2. ob etwaige Auslagen für diese Zurückstellung der Handakten von dem ersatzpflichtigen Prozeßgegner der Partei zu erstatten sind?

II. Zunächst ist daran zu erinnern, daß dem Kostenfestsetzungsgesuche laut § 98 Abs. 2 der C.P.O. „die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege beizufügen sind". Es kann kein Zweifel sein, daß diese Akten als Urkunden, welche im Festsetzungsverfahren Beweises halber — ganz wie Urkunden im Hauptverfahren — dem Gerichte lediglich „zur Einsicht" vorgelegt sind, regelmäßig in die Hände des Produzenten zurückzukehren haben.

arg. C.P.O. § 76 Abs. 1. 133 Abs. 2. 385. 408; Entsch. des R.G. bei Gruchot Beitr. 26, 124; Gaupp Comm. zur C.-P.O. 2. Aufl. Anm. II Abs. 1 zu § 385 und Anm. zu § 408; zu vgl. auch Rechtsanw.Ordnung § 32.

III. Aus § 76 Abs. 1 vgl. mit § 133 Abs. 2 der C.P.O. ergibt sich sodann, daß für Urkunden, welche später zurückzugeben sind, die Gerichtsschreiberei die Verwahrungs- und damit auch die Expeditionsstelle ist, bei welcher dieselben wieder abzulangen sind. Darüber aber, wie dieses Ablangen zu bewerkstelligen ist, enthält die C.P.O. keine Vorschrift und wohl

mit Grund, weil Mittel und Wege der Rückgabe, wie schon der Vorlage, nicht sowohl Teil des prozessualen Verfahrens, als vielmehr, was die Rückgabe anlangt, der für den Expeditionsdienst bestehenden Geschäftsordnung sind, wie auch die Frage, auf welche Weise das Recht der Akteneinsicht der Parteien (C.P.O. § 271 Abs. 1) zu verwirklichen ist, ob die Akten dem Anwalt in seine Wohnung auszufolgen sind, ob er zu diesem Behufe gegen besondere Entlohnung den Gerichtsdiener in Anspruch nehmen darf, bezw. ob die Ausfolge auf diesem Wege (nicht durch Dritte) zu besorgen ist ꝛc., der Geschäftsordnung der Gerichte überlassen blieb.

Zu vgl. württ. Ger.Blatt XVI S. 408 f. und § 9 der Geschäftsordnung für die Registratur und die Gerichtsschreiberei, Beil. I zu der königl. württ. Justizministerialverf. vom 30. September 1879 betr. die Dienstvorschriften für die Landgerichte.

Weder in diesen Dienstvorschriften, noch in jener Beilage hiezu ist nun der Fall besonders vorgesehen, wo einer Partei Urkunden zurückzugeben sind, welche im Laufe des Verfahrens von ihr vorgelegt und ihr nicht sofort wieder behändigt worden sind. Es kann aber keinem Bedenken unterliegen, daß in solchen Fällen in sinngemäßer Anwendung des alleg. § 9, sowie des § 16 Abs. 2 der erwähnten Geschäftsordnung für die Registratur ꝛc. zunächst die Weisung des Vorsitzenden zur Rückgabe überhaupt einzuholen und letztere sodann für die Regel auf dem in § 16 Abs. 2 vorgezeichneten Wege zu bewerkstelligen ist. Vorliegend ist die Rückgabe an sich von dem Gerichte I. Instanz nicht beanstandet. Die Beschwerde wegen des von demselben für die Rückgabe vorgezeichneten Wegs aber erscheint keinenfalls als Beschwerde im Sinne des § 531 der C.P.O., sondern lediglich als Anrufung der Dienstaufsicht in Betreff einer dem bestehenden Reglement, wie auch der sonst bei den Gerichten üblichen diesfälligen Geschäftsbehandlung zuwiderlaufenden Verfügung, welche hienach, wie geschehen, abzuändern war, da besondere dem konkreten Fall entlehnte Gründe für einen abweichenden Modus der Rückgabe nicht vorliegen.

IV. Was die Kosten der Vorlage, wie des Rückempfangs der im Laufe des Verfahrens vorgelegten Urkunden anlangt, so sind dieselben, mögen sie in Botenlohn, Postportis u. s. w. bestehen, Auslagen der Partei, welche ihr, wenn die Vorlage zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war, als Teil ihrer Prozeßkosten von der ersatzpflichtigen Gegenpartei zu erstatten sind. Die Zweckmäßigkeit der Vorlage war vorliegend nicht zu beanstanden. Die Rückgabe durch den Gerichtsdiener zieht die für Ablieferung von Akten in die Wohnung eines Rechtsanwalts bestehende Belohnung desselben nach sich [1]), die Notwendigkeit der Auslage war daher gleichfalls nicht zu beanstanden, nachdem, wie unter Ziff. III gezeigt ist, dem Anwalt ein berechtigter Anspruch auf diese Art der Zurückgabe nicht abzusprechen war. Demzufolge war antragsgemäß auch der Kostenfeststellungsbeschluß des Unterrichters so, wie geschehen, abzuändern.

Beschluß des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 24. November 1891 in Sachen Groß c. Steinacker.

12.

Zu § 98 Abs. 2 der Civilproceßordnung. Die zur Rechtfertigung der Ansätze einer Kostenrechnung dienenden Belege sind im Einzelnen zu bezeichnen.

Ein Anwalt hat zur Rechtfertigung der Ansätze seiner Kostenrechnung Bezug genommen auf einen Bund Handakten erster und zweiter Instanz, welche er dem Gericht erster Instanz vorlegte. Letzteres hat sich geweigert, einen Teil dieser Kosten festzusetzen und die gegen diese Entscheidung erhobene Beschwerde wurde verworfen in Erwägung: Daß der Vorschrift des § 98 Absatz 2 der Civilprozeßordnung, wornach dem Kostenfestsetzungsgesuche die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege beizufügen sind, durch die Vorlegung

1) s. Justizminist.verf. vom 24. Juni 1875, Reg.bl. S. 370.

eines ungeordneten Bundes Handakten I. und II. Instanz nicht genügt ist, daß es vielmehr Sache des Gesuchstellers ist, die einzelnen Aktenstücke zu bezeichnen, welche als Belege für die einzelnen Ansätze dienen sollen, daß mithin das Gericht I. Instanz, dem nicht zugemutet werden kann, zur Vergleichung der Belege mit den Ansätzen die jeweils für die letzteren erheblichen Aktenstücke aufzusuchen, ganz mit Recht insolange die beantragte Kostenfestsetzung abgelehnt hat, als nicht jenem Erfordernis entsprochen wird.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts in Sachen Weber c. Rieger vom 11. Juli 1891.

13.

Anspruch auf eine Verhandlungsgebühr.

In dem Termine zur mündlichen Verhandlung über einen Einspruch hat der Anwalt, welcher den Einspruch erhoben hatte, zunächst die Zustellung des Versäumnisurteils nachgewiesen, sodann aber erklärt, daß er den gegen dieses Urteil erhobenen Einspruch zurücknehme.

Der gegnerische Anwalt hat einen Antrag nicht gestellt; derselbe nimmt aber die Verhandlungsgebühr in Anspruch. Dies wurde als unzulässig erachtet:

in Erwägung, daß eine Verhandlung im Sinne des § 16 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, welche die Zulässigkeit einer Anrechnung der Verhandlungsgebühr begründen würde, dann nicht vorliegt, wenn die Parteien beim Aufruf der Sache im Termine zwar erschienen sind, aber erklären, daß sie nicht verhandeln, oder wenn der Kläger sofort erklärt, daß er die Klage zurücknehme, oder der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt [1]);

daß aus den gleichen Gründen eine die Verhandlungs-

1) Walter Comm. (1. Ausg.) S. 80 Nr. 3a u. b; Pfafferoth zu § 13 Ziff. 2 Nr. 7. 8. 9; Maier S. 34. 4b.

gebühr des § 16 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte rechtfertigende Verhandlung auch dann nicht vorliegt, wenn der von einer Partei erhobene Einspruch im Termin sofort zurückgenommen wird und daß hiebei auch der Umstand als unerheblich erscheint, daß der gegnerische Anwalt vor der Zurücknahme seines Einspruchs die Zustellung des Versäumnisurteils nachgewiesen, sowie daß der klägerische Prozeßbevollmächtigte demselben zu diesem Zwecke die erforderliche Urkunde übergeben hat.

Beschluß des 2. Senats des Oberlandesger. v. 21. Sept. 1891 in Sachen Förstler c. Mayer.

14.

Verhandlungsgebühr des Anwalts, wenn Streitgenossen belangt werden.

Der Kläger hat gegen zwei Wechselschuldner geklagt, gegen den einen als Aussteller, gegen den andern als Acceptanten. Der klägerische Anwalt hat zweimal die Verhandlungsgebühr berechnet. Die Hälfte der Anrechnung wurde gestrichen in Erwägung:

Daß die Vorschrift des § 25 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, wonach der Rechtsanwalt die Verhandlungsgebühr wie die weiteren in § 13 benannten Gebühren in jeder Instanz rücksichtlich eines jeden Teiles des Streitgegenstands nur einmal beanspruchen kann, auch im Falle einer Streitgenossenschaft und ohne Rücksicht auf das dieselbe begründende Rechtsverhältnis Platz greift.

Beschluß des 2. Senats des Oberlandesger. v. 28. Sept. 1891 in Sachen Wöhrle c. Kurz und Böckel.

15.

Beweisgebühr.

Ein Anwalt hat gegen den Durchstrich der von ihm be-

rechneten Beweisgebühr Beschwerde erhoben. Der Beweis war durch ein ersuchtes Gericht eingezogen. Die Thätigkeit des Anwalts hatte sich beschränkt auf eine Korrespondenz mit der Partei und einem am Sitz des ersuchten Gerichts wohnhaften Anwalt, sodann auf die Einsichtnahme der Akten über den Beweiseinzug. Die Beschwerde wurde verworfen in Erwägung,

1) daß Beschwerdeführer als seine Thätigkeit im Beweisaufnahmeverfahren nur die Korrespondenz mit der Partei und dem Rechtsanwalt K. in D., sowie die Einsicht der Akten nach deren Einlauf beim Prozeßgericht zu bezeichnen vermochte,

2) daß die Einsicht der durch die Beweisaufnahme entstandenen Akten eine dem Schlusse des Beweisaufnahmeverfahrens nachfolgende Thätigkeit ist, für welche der Anwalt in der gemäß § 17 der Geb.Ordnung eintretenden Erhöhung der Verhandlungsgebühr seine Belohnung findet,

3) daß die Korrespondenz in betreff der Vertretung des Klägers im Termin vor dem Amtsgericht D. keine Vertretungshandlung im Beweisaufnahmeverfahren darstellt, sondern unter den allgemeinen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 13 Nro. 1 der Geb.Ordnung fällt und schon durch die Prozeßgebühr als vergütet gilt, vgl. Walter, Geb.Ordnung für Rechtsanwälte 2. Aufl. S. 228.

Beschluß des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 28. April 1891 in der Beschwerdesache des Xaver Schädler.

16.

Gebühren eines Gerichtsvollziehers bei einem mehrere Rechtsangelegenheiten umfassenden Auftrag.

Das Amtsgericht zu E. übermittelte dem Gerichtsvollzieher zu D. 3 Strafbefehle mit dem Auftrag „gegen Jakob N. zu D. wegen 68 M. Geldstrafe, Werts- und Schadensersatz die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen zu vollziehen und gleichzeitig die Kosten der Zwangsvollstreckung beizutreiben." Der Gerichtsvollzieher behandelte den ihm erteilten Auf-

trag als drei einzelne Zwangsvollstreckungsfälle, legte je ein besonderes Protokoll an u. s. w. und berechnete seine Gebühren und Reisekosten so, wie sie beim Vorliegen von drei Vollstreckungsaufträgen nach den §§ 4, 11 u. 17 der Gebühren-O. sich ergeben würden.

In einem andern Fall hatte ein Rechtsanwalt dem Gerichtsvollzieher 2 Vollstreckungstitel, den einen über die Hauptsache, den andern über die Kosten mit dem Auftrag, die Zwangsvollstreckung vorzunehmen, übersendet. Der Gerichtsvollzieher behandelte auch diesen Auftrag als zwei einzelne Zwangsvollstreckungsfälle.

Anläßlich der dem Amtsgericht zu K. obliegenden Prüfung der Geschäfte des Gerichtsvollziehers ordnete das Amtsgericht die Rückgabe der zu viel bezogenen Gebühren und Reisekosten an, indem dieses davon ausgieng, es sei nur je ein Auftrag vorgelegen.

Die bis an das Oberlandesgericht verfolgte Beschwerde des Gerichtsvollziehers wurde verworfen.

Gründe:

Der Beschwerdeführer sucht die von ihm in Ansatz gebrachten Gebühren und Reisekosten damit zu rechtfertigen, daß es sich in den beiden, von der Verfügung des Amtsgerichts betroffenen Fällen je um mehrere Rechtsangelegenheiten gehandelt habe. Für die nach den §§ 4 u. 11 der Geb.Ord. für Gerichtsvollzieher zu berechnenden Gebühren ist jedoch die Frage, ob sich die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers auf dieselbe Rechtsangelegenheit oder auf mehrere Rechtsangelegenheiten bezog, überhaupt nicht maßgebend, für die Reisekosten nach § 17 der Geb.Ord. aber nur unter der Voraussetzung, daß es sich um die Vornahme mehrerer Geschäfte auf derselben Reise handelte.

In der Zwangsvollstreckungssache gegen den Bauern Jakob F. von D. lag nun nicht bloß nur Ein Auftrag zur Zwangsvollstreckung vor, wie auch der Auftraggeber, Rechtsanwalt von O., seine Vollstreckungsgebühr nur Einmal berechnete, sondern es war, trotz der Mehrheit der Vollstreckungstitel, auch nur

Eine Forderung beizutreiben, sofern die Hauptsache und die Kosten eines Prozesses nicht zwei verschiedene Forderungen, sondern nur Teile einer und derselben Forderung bilden. Die Gebühr des Gerichtsvollziehers war daher nach § 11 vgl. mit § 4 der Geb.Ord. lediglich aus dem gezahlten Betrage von 14 M. 55 Pf. zu berechnen und für die Reisekosten konnte die Anwendung des Abs. 2 des § 17 nicht in Frage kommen, da nur Ein Geschäft, nämlich Pfändung für eine Forderung von 14 M. 55 Pf., vorzunehmen war.

Auch in der Zwangsvollstreckungssache gegen den Jakob R. von D. lag nur Ein, auf die Summe von 68 M. 50 Pf. lautender Vollstreckungsantrag vor, dem allerdings drei verschiedene Forderungen zu Grunde lagen. Es ist jedoch nicht abzusehen, inwiefern im vorliegenden Falle zur Erledigung des erteilten Auftrags die Vornahme dreier besonderer Pfändungen notwendig gewesen sein sollte, und da nach § 697 der C.P.O. die Kosten der Zwangsvollstreckung dem Schuldner nur insoweit zur Last fallen, als sie im Sinne des § 87 der C.P.O. notwendig waren, so war es durchaus gerechtfertigt, wenn das Amtsgericht dem Beschwerdeführer aufgab, die vom Schuldner zu viel erhobenen Gebühren und Auslagen diesem zurückzuerstatten.

Der Beschwerdeführer hat sich zur Rechtfertigung seines Verfahrens auch noch darauf berufen, daß Zustellungsbeamte verschiedene Aktenstücke nicht unter Einer, sondern unter verschiedenen Nummern zustellen; sollte dem so sein, so könnte hieraus die Berechtigung zur Erhebung einer mehrfachen Gebühr nicht abgeleitet werden, da, wie die Motive zur Geb.Ord. es als selbstverständlich bezeichnen, die Zustellungsgebühr nur Einmal erhoben werden kann, wenn in derselben Sache mehrere Schriftstücke demselben Beteiligten zuzustellen sind.

Hienach stellt sich die erhobene Beschwerde als unbegründet dar."

Beschluß des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 11. Juni 1891 in der Beschwerdesache des Gerichtsvollziehers K. von D.

17.

Wem ist von der Teilungsbehörde die Erhebung der Klage aufzugeben, dem Testaments- oder dem Intestaterben?

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

Die Beschwerdeführer finden sich durch den Beschluß der Civilkammer vom 1. Oktober l. J. insofern beschwert, als durch denselben das Amtsgericht N. angewiesen worden ist, ihnen als Intestaterben des A. J. eine Frist zur Anfechtung des Testaments unter dem Bedrohen zu erteilen, daß nach fruchtlosem Ablaufe der Frist die Verlassenschaftsteilung nach dem Inhalt des Testaments vorgenommen würde und sie beantragen, unter Abänderung dieses Beschlusses nach nunmehrigem fruchtlosen Ablaufe der dem angeblichen Testamentserben von dem Amtsgericht erteilten Frist die Teilungsbehörde anzuweisen, die Verlassenschaftsteilung nach Maßgabe der Intestaterbfolge vorzunehmen, eventuell dem angeblichen Testamentserben eine letzte kurze Frist mit der von dem Amtsgericht angedrohten Folge zu erteilen.

Dieser Antrag ist nicht begründet.

Die Tutelarrats-Ordnung vom 25. September 1781 bestimmt in Art. 6, daß die Parteien, welche sich bei einer tutelarrätlichen Verfügung nicht zu beruhigen gedenken, auf den Weg Rechtens sich berufen können, daß aber nicht zu gestatten sei, daß durch einen Widerspruch eines oder des andern Erben das ganze Geschäft zum Nachteil der Uebrigen behindert werde, und in Art. 11: es solle, wenn ein Testament errichtet worden sei, bei einem Sterbfall den Hinterlassenen Nachricht davon gegeben 2c., deren Erklärungen unter Anberaumung eines Termins abgefordert und wenn solche nicht einkommen wollen, die Inventur und Teilung nach Inhalt des Testaments vorgenommen, den Parteien aber ihre Rechtszuständigkeiten vorbehalten werden.

Hienach ist bei dem Vorhandensein eines Testaments den Intestaterben eine Frist zur Erklärung und zur Anfechtung des

Testaments unter dem Bedrohen zu geben, daß die Verlassenschaftsteilung nach dem Inhalt des Testaments vorgenommen würde. Diese Regelung entspricht auch dem Verhältnis der Intestaterbfolge zu der Testamentserbfolge. Die Erstere wird durch die Letztere ausgeschlossen und es muß ein vorliegendes Testament zuvor beseitigt sein, ehe die Intestaterbfolge eröffnet werden kann [1]).

Es kann dahingestellt bleiben, ob dies unbedingt auch dann zu gelten hat, wenn das vorhandene Testament unzweifelhaft ungültig ist; denn dieser Fall liegt nicht vor. Es kann höchstens angenommen werden, es sei zweifelhaft, ob das Testament des wegen Geisteskrankheit entmündigten Erblassers nichtig sei.

Die Thatsache der Entmündigung wegen Geisteskrankheit nimmt dem Entmündigten nicht für sich schon die Testierfähigkeit. Ein Geisteskranker kann in lichten Zwischenräumen testieren und es wird angenommen, daß ein Testament in einem solchen lichten Zwischenraum errichtet sei, wenn der Testierer überhaupt solche hatte.

Aus den Aeußerungen des Vormunds des Entmündigten H. ergibt sich, daß schon in den Gutachten der Jahre 1882 und 1884 eine erhebliche Besserung in dem geistigen Befinden desselben festgestellt worden ist. Hiezu kommt, daß auch die späteren Vormünder sich nicht veranlaßt gesehen haben, den Entmündigten in der Wahl seines Aufenthalts oder sonstwie in seiner Freiheit zu beschränken und ihre vormundschaftliche Thätigkeit für denselben in anderer Weise eintreten zu lassen, als daß sie das in N. befindliche Vermögen verwaltet und die Einkünfte desselben dem Entmündigten zugesendet haben. Auch scheint bei den von dem Entmündigten in Frankreich abgeschlossenen Liegenschaftsverträgen aus den Jahren 1878/87 die geistige Gesundheit desselben nicht beanstandet worden zu sein, woraus wenigstens soviel geschlossen werden darf, daß dessen Geisteskrankheit nicht mehr in der gleichen Weise wie früher hervorgetreten ist.

---

1) s. hiezu die Instruktion für die Bezirksgerichte vom 16. Dez. 1863 § 17 und Boscher, Zeitschrift B. XIX S. 270.

Hienach ist die Möglichkeit der Annahme lichter Zwischenräume in dem geistigen Zustande desselben nicht ausgeschlossen und die Frage, ob das vorliegende Testament, dessen Errichtung durch den Erblasser bescheinigt ist, wegen der Geisteskrankheit des Letzteren ungültig sei, eine zweifelhafte.

Für einen ähnlichen Fall, in welchem Zweifel über die Gültigkeit des Testaments vorliegen, schreibt das Landrecht T. III. Tit. 20 § 3 vor, daß denjenigen, welche das Testament als kassiert anfechten, die Beweisung zu erstatten obliege, inmittelst aber die Erbschaft sequestriert werden solle und da die Erben ab intestato innerhalb der erteilten Frist keine genügsame Beweisung thun, alsdann dem im Testament eingesetzten Erben eingeräumt werden soll.

Diese Vorschrift darf für das Teilungsverfahren auch auf die anderen Fälle, in welchen der Rechtsbestand des Testaments zweifelhaft und bestritten ist, ausgedehnt und angewendet werden.

Für die vorliegende Frage ist es nicht von Bedeutung, ob, wenn eine Person wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, eine Vermutung für die Dispositionsunfähigkeit des Entmündigten, solange nicht das Gegenteil bewiesen wird, spricht [1]).

Hieraus leiten die Beschwerdeführer ab, daß dem Testamentserben die Beweislast für die geistige Gesundheit des Erblassers obliege und daß also der Testamentserbe die Klägerrolle zu übernehmen habe.

Allein die Frage, ob eine solche Vermutung bestehe und wen die Beweislast treffe, ist von den Gerichten in dem entstehenden Rechtsstreit zu entscheiden. In dem Verfahren vor den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in welchem es sich nur darum handelt, dem Verfahren den nötigen Fortgang zu geben, kann die Frage, wem die Klägerrolle zuzuweisen sei, nicht von der Frage der Beweislast im künftigen Rechtsstreite abhängig gemacht werden. Die Entscheidung solcher Rechtsfragen gehört nicht zu dem Berufe jener Behörden. Es kann nicht jedesmal untersucht werden, wie nach

1) zu vergl. Württemb. Archiv Bd. 13. Seite 278.

der Gestaltung der thatsächlichen Verhältnisse die Beweislast zu verteilen sei. Für die Eröffnung der Testamentserbschaft ist mehr nicht zu verlangen, als das Vorhandensein eines Testaments, dessen Ungültigkeit nicht alsbald erhellt.

Hienach ist die erhobene Beschwerde zu verwerfen.

Beschluß des 1. Civilsenats des Oberlandesger. v. 15. Nov. 1889 in der Verlassenschaftssache des zu Bogève gestorbenen A. Jorat von Stuttgart.

Ebenso Beschluß vom 21. Nov. 1890 in der Verlassenschaftssache der Georg Schweizer'schen Eheleute in Stammheim.

18.

Handlungsfähigkeit eines Geisteskranken.

Das Thatsächliche ergiebt sich aus den Gründen:

I. Der Vertreter des Beklagten hat gegen die Forderung der Kläger nur die Einwendung erhoben, daß der Beklagte zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft für die Darlehensforderung des S. E. am 2. Februar 1875 wegen Geisteskrankheit handlungsunfähig gewesen sei.

Der Beklagte ist durch Beschluß des Amtsgerichts G. vom 9. Februar 1891 für geisteskrank erklärt worden, nachdem der Sachverständige Oberamtsarzt Dr. K. in G. sich in einem Gutachten vom 8. Februar 1891 dahin ausgesprochen hatte, daß der Beklagte infolge einer im Jahre 1866/67 aufgetretenen akuten Geistesstörung seit Jahren an Blödsinn leide und die Folgen seiner Handlungen nicht zu beurteilen vermöge.

Hieraus, in Verbindung mit dem Zeugnis der Direktion der Heilanstalt in Göppingen, wonach der Beklagte nach halbjähriger Dauer der Krankheit am 6. März 1867 wegen periodischer Tobsucht in die dortige Heilanstalt aufgenommen und am 14. Mai 1867 ungebessert nach Hause entlassen worden ist, ergiebt sich zwar, daß der Beklagte seit dem Jahre 1866/67

an periodischen Tobsuchtsanfällen gelitten hat und daß diese Geisteskrankheit schon seit längerer Zeit in Blödsinn übergegangen ist, infolge dessen der Beklagte handlungsunfähig ist; es kann hieraus aber nicht entnommen werden, daß der Beklagte schon seit dem Jahre 1867 und insbesondere zur Zeit der Eingehung der in Frage stehenden Bürgschaft am 2. Febr. 1875 handlungsunfähig war, da nach dem geltenden Recht nicht jede Person, welche geisteskrank ist, eben damit auch die juristische Handlungsfähigkeit durchaus entbehrt.

Ueber die Handlungsfähigkeit nicht entmündigter geisteskranker Personen enthält das württembergische Recht — abgesehen von der Vorschrift des Landrechts Tl. III. tit. 2 § 3 — keine Bestimmung. Es gilt daher im übrigen hierüber das gemeine Recht.

Nach gemeinem Recht sind zwar Geisteskranke, welche an Wahnsinn, Raserei (Tobsucht) oder Blödsinn leiden (mente capti, furiosi, dementes), im allgemeinen für handlungsunfähig erklärt; dabei wird aber vorausgesetzt, daß die Geisteskrankheit in einem solchen Grade vorhanden ist, daß dadurch jede Willensfähigkeit und jede vernünftige Ueberlegung ausgeschlossen wird, so daß der Geisteskranke die Bedeutung seiner Handlungen nicht versteht und deren Folgen nicht beurteilen kann. Dagegen macht nicht jede Art und jeder Grad von Geisteskrankheit willensunfähig, und es ist zur Handlungsfähigkeit nicht erforderlich, daß der Handelnde wieder völlig hergestellt und geistig ganz gesund ist. Es ist vielmehr in den römischen Gesetzesstellen l. 6. Cod. 5, 70, l. 9. Cod. 6, 22. § 1 J. 2, 12 anerkannt, daß Wahnsinnige in denjenigen Zeiten, in welchen sie von Wahnsinnsanfällen frei sind, handlungsfähig sind, wenn auch die Geisteskrankheit nicht völlig gehoben, sondern nur eine Periode der Besserung eingetreten ist, in welcher die Krankheit soweit nachgelassen hat, daß der Kranke die Fähigkeit zur Ueberlegung und zur Einsicht in die Bedeutung seiner Handlung hat [1]).

---

1) Entscheidungen des Reichsger. B. 23. S. 140. Seuffert,

Es ist zwar in der neueren Psychiatrie vielfach die Ansicht herrschend, daß geisteskranke Personen überhaupt als geistig unfrei und immer mehr oder weniger von Wahnideen beherrscht anzusehen seien; allein dies ist nicht der Standpunkt unserer Gesetzgebung und es kann daher daraus, daß die Geisteskrankheit des Beklagten schon im Jahre 1867 mit periodischen Tobsuchtsanfällen begonnen hat, nicht entnommen werden, daß der Beklagte zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft am 2. Februar 1875 handlungsunfähig war.

Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob die Geisteskrankheit des Beklagten von der Art war, daß er auch in den Zwischenräumen zwischen den periodischen Tobsuchtsanfällen, an welchen er bis in die letzten Jahre gelitten hat, die Bedeutung seiner Handlungen nicht zu verstehen und deren Folgen nicht zu beurteilen vermochte?

Es wird hierauf im einzelnen ausgeführt, daß dies für das Jahr 1875 nicht angenommen werden könne und fortgefahren:

Erwägt man nun, daß der Beklagte, nachdem seine Geisteskrankheit im Jahr 1866/67 mit periodischen Tobsuchtsanfällen begonnen hatte, nicht nur im Jahre 1871 sich wieder verheiratet hat, und daß seine Ehefrau nach ihrer Verheiratung längere Zeit nichts Auffallendes an dem Beklagten wahrgenommen hat, daß ferner der Beklagte, welcher Haus und Güter besitzt, und auch nach dem Beginne seiner Krankheit und noch längere Zeit nach Eingehung der in Frage stehenden Bürgschaft sein Hauswesen und seine Oekonomiegeschäfte, insbesondere Ein- und Verkäufe auf der Schranne und auf den Märkten besorgt hat, ohne daß jemals von Seite seiner Angehörigen oder von Seite Dritter seine Handlungsfähigkeit beanstandet worden ist, so muß als erwiesen angenommen werden, daß der Beklagte zur Zeit der Eingehung der in Frage

---

Arch. B. 3. Nr. 139. B. 40. Nr. 5. Glück, Comm.-B. 33. S. 355. Württ. Arch. B. 13. S. 279. 292. Stobbe, Deutsch. Priv.R. B. 4. S. 515. Jahrbücher der württ. Rechtspfl. B. 4. S. 17. Landrecht Tl. III. tit. 2. § 3. Reinhard, Comm. z. Landr. Tl. III. S. 14. Weishaar, Württ. Priv.R. Tl. II. § 702.

stehenden Bürgschaft in den Zwischenräumen zwischen den periodisch eintretenden Tobsuchtsanfällen fähig und im Stande war, die rechtliche Bedeutung seiner Handlungen zu verstehen und deren Folgen zu beurteilen, und daß er somit in diesen Zeiten handlungsfähig war.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesger. vom 19. Nov. 1891 in Sachen Eberhard c. Schall.

19.

Vertretung der Kirchengemeindegenossen in Prozessen über Hand- und Spannfrohnen.

Die Staatsfinanzverwaltung hat gegen die Kirchengemeindegenossen zu N. auf Anerkennung der Pflicht, zu den Bauarbeiten an den Pfarrgebäuden daselbst die Hand- und Spannfrohnen unentgeltlich leisten zu müssen, Klage erhoben. Die Klage wurde dem Kirchengemeinderat zu N. zugestellt. Dieselbe wurde zurückgewiesen.

Gründe:

Die Kirchengemeindegenossen sind die rechten Beklagten. Der Kirchengemeinderat wäre zur prozessualischen Vertretung derselben nur dann berechtigt, wenn der Kirchengemeinderat als gesetzlicher Vertreter der Kirchengemeindegenossen anzusehen wäre. Dies ist hinsichtlich des Stiftungsrats in langjähriger Praxis des früheren Obertribunals nicht angenommen, vielmehr daran festgehalten worden, daß der Stiftungsrat, obgleich derselbe als gesetzlicher Vertreter der Kirchengemeinde in ihren Vermögensangelegenheiten anerkannt wurde, zur prozessualischen Vertretung der Kirchengemeinde in solchen Prozessen, in welchen es sich um die Kirchenbaufrohnpflicht der Parochianen handelt, zu seiner Prozeßlegitimation einer von sämtlichen Parochianen ausgestellten Prozeßvollmacht bedürfe [1]).

1) Württ. Arch. Bd. VII S. 308 oben S. 309. Abs. 1. S. 312. Württ. Ger.Bl. Bd. VIII S. 80.

Hieran ist auch durch das Gesetz vom 14. Juni 1887, betreffend die Vertretung der evangelischen Kirchengemeinden und die Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten, nichts geändert worden.

Nach Artikel 1 dieses Gesetzes wird die Kirchengemeinde von den Genossen des Kirchspiels gebildet. Derselben kommen als einer öffentlichen Körperschaft die Rechte der juristischen Persönlichkeit zu, insbesondere verwaltet sie ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der gesetzlichen Grenzen.

In Artikel 30—49 werden sodann unter der Ueberschrift „Ausscheidung des Kirchenvermögens" die der Kirchengemeinde überwiesenen Vermögensteile, sowie die der Kirchengemeinde obliegenden Verpflichtungen und Leistungen aufgeführt, und es ist insbesondere in Artikel 44 bestimmt:

> Die Baulasten an kirchlichen Gebäuden und sonstigen Leistungen für kirchliche Zwecke, welche bisher der bürgerlichen Gemeinde oblagen, gehen nebst den hiemit verbundenen Einnahmen auf die Kirchengemeinde über.

Dagegen ist die Frohnpflicht der Kirchengemeindegenossen im Gesetze nicht erwähnt und unter den in Artikel 44 genannten Leistungen für kirchliche Zwecke, welche bisher der Stiftungspflege oblagen, nicht begriffen [1]).

In Artikel 50 ist ferner bestimmt:

> Dem Kirchengemeinderat steht nach Maßgabe dieses Gesetzes die Vertretung der evangelischen Kirchengemeinde, sowie vorbehältlich der Staatsaufsicht die Verwaltung des örtlichen Kirchenvermögens zu.

Hiernach ist zwar dem Kirchengemeinderat die gesetzliche Vertretung der juristischen Person der Kirchengemeinde in allen durch dieses Gesetz geregelten und der Kirchengemeinde zur Besorgung zugewiesenen Angelegenheiten, insbesondere bezüglich der Verwaltung des örtlichen Kirchenvermögens übertragen worden: dagegen sind die persönlichen Verbindlichkeiten und Leistungen der Kirchengemeindegenossen zu kirchlichen Zwecken

---

1) Steinheil, Comm. z. Ges. v. 14. Juni 1879 S. 79. Note 2.

nicht dem Kirchengemeinderate als gesetzlichem Vertreter der Kirchengemeindegenossen übertragen worden, insbesondere ist derselbe bezüglich ihrer Kirchenbaufrohnpflicht nicht als deren Vertreter bestellt, und demselben die Befugnis zu deren prozessualischer Vertretung nicht eingeräumt worden [1]).

Hiernach war die Klage zurückzuweisen.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesger. v. 19. März 1891 in Sachen Staatsfinanzverwaltung c. Kirchengemeinde Satteldorf.

20.

Inwieweit sind Majoritätsbeschlüsse innerhalb einer Gesellschaft zulässig?

Nach den Statuten der Keltergenossenschaft zu M. durfte jeder Bürger zu M., welcher Mitglied der Keltergenossenschaft geworden war, seinen selbsterzeugten Wein in der Kelter zu M. keltern.

Die Mehrheit der Keltergenossen beschloß, es sollen von nun an nur noch Trauben aus den Weinbergen der Markung M. zugelassen werden. Der Keltergenosse S., welcher einen Weinberg auf der Markung R. besaß, klagte gegen die Keltergenossenschaft auf Anerkennung, daß er mit den Trauben aus seinem Weinberge zu R. zugelassen werden müsse.

Diesem Antrage gemäß wurde erkannt.

Aus den Gründen:

So sehr auch im allgemeinen die Grenzlinie bestritten sein mag, inwieweit bei einem auf die Dauer bestimmten Personenvereine die Mehrheit bindend zu beschließen vermöge, so steht doch der Grundsatz unbestritten fest, daß jedes Mitglied und jeder Genosse ein Sonderrecht auf gleiche Behandlung mit den übrigen Mitgliedern habe und es wird nicht bezweifelt, daß die Mehrheit über die Rechte der Minderheit einseitig und ohne

1) Steinheil l. c. S. 91. Note 3. S. 116. Abs. 2.

Zustimmung der letzteren nicht zu verfügen vermöge. Bei solchen Personenvereinen sind Mehrheitsbeschlüsse zugelassen und als für die Genossenschaft bindend anerkannt worden, um überhaupt eine geordnete Verwaltung der Angelegenheiten der Gemeinschaft möglich zu machen und zu verhindern, daß notwendige und für die Gesamtheit nützliche Maßregeln, worunter selbst eine Beschränkung der Nutzungsrechte der einzelnen Mitglieder gehören mag, wegen des eigensinnigen Widerspruchs Einzelner unterbleiben müssen, während doch die sonstige Aushilfe bei Gesellschaften, Aufkündigung und Auflösung derselben und Verteilung des Vermögens dem auf die Dauer berechneten Zwecke der Gesellschaft widersprochen würde.

Allein das Bedürfnis einer Rechtsbildung, wonach die Mehrheit in den Stand gesetzt wäre, willkürlich die Rechte der Minderheit zu beeinträchtigen, kann nicht anerkannt werden, und ein solcher Satz hat sich auch keine Geltung verschafft. So hat schon das vormalige Obertribunal in dem bei

Lang, Sachenrecht II. S. 18 Note 3

veröffentlichten Urteil ausgesprochen: „es entscheiden bezüglich der Art und Weise der Benützung der Gemeinderechte Beschlüsse der Mehrheit sämtlicher Berechtigten, soweit nicht die Lokalverfassung Anderes mit sich bringe, oder dadurch die genossenschaftliche Gleichheit ꝛc. verletzt würde."

Des Weiteren ist über diesen Grundsatz zu vergleichen: Entscheid. des Reichsoberhand.Ger. Bd. 25 S. 262. — Entscheid. des Reichsger. B. 3 S. 136. Bd. 11 S. 272 ff. B. 12 S. 272. — Seuffert, A., B. 35 S. 144. B. 33 S. 389. — Handelsges.Buch Art. 215 Abs. 6ᵃ 209ᵃ. Ziff. 4ᵃ 209ᵇ Abs. 1 A. 215ᵃ 248 Abs. 1. — Württ. Berggesetz v. 7. Okt. 1874 A. 93 A. 86 A. 106. — Württ. Bürgerrechtsges. v. 4. Dez. 1833 A. 49. — Gesetz v. 16. Juni 1885 A. 27. 28. — Preuß. Allg. Landr. II. tit. 6 § 68. 69. — Windscheid, Pand. I. S. 150 Note 6ᵃ. — Stobbe, Deutsch. Privatr. I. S. 426. — Laband in Hirth's Annalen von 1874. S. 1499. 1503. — Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche

Rechtssprechung S. 221 Note 1. 226. 230 Note 1. 236 Note 1. 237 Note 2.

Gegen das Urteil bei

Seuffert, A., Bd. 21 S. 341

siehe insbesondere

Lang, Sachenr. II. S. 19 Note 7.

Indem nun die Versammlung der Keltergenossen am 27. Juli 1889 durch Mehrheit der Stimmen beschlossen hat, „in der Kelter darf nur das auf M^er Markung gewonnene Erzeugnis gekeltert werden", hat dieselbe einer Klasse von Mitgliedern, denjenigen, welche Weinberge auf N^er Markung haben — der Minderheit, — ihr bisheriges statutenmäßes Recht „ihr eigenes Erzeugnis" in der M^er Kelter keltern zu dürfen, entzogen.

Soweit dieser Beschluß auf die Zukunft, auf diejenigen sich bezieht, welche erst Weinberge auf fremder Markung erwerben, wirkt derselbe allerdings gleich, sofern Jeder in diese Lage kommen kann. Soweit er aber diejenigen betrifft, welche schon Weinberge auf fremden Markungen besitzen, enthält er eine einseitige statutenwidrige Beschränkung der Rechte dieser Mitglieder. Auch eine bloße Beschränkung der Rechte der Minderheit ist unzulässig.

Weiter wurde angenommen, daß auch die Statutenbestimmung, wonach Statutenänderungen mit einer Mehrheit von zwei Drittteilen der Stimmen beschlossen werden können, nach ihrer Fassung und nach dem Sinn derselben, sich nicht auf den Grundsatz gleichmäßiger Behandlung aller Mitglieder beziehe.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. in der Berufungssache der Kelterngesellschaft zu Mettingen c. Sohn v. 10. Juli 1891.

21.

Inwieweit ist ein Miteigentümer befugt, über die gemeinschaftliche Sache zu verfügen?

Die Miteigentümer zweier an einander angebauten Häuser,

welche je den ersten Stock dieser Häuser bewohnen, haben gegen den Willen der andern Miteigentümer, welche die Erdgeschosse der Häuser benützten, in dem ersten Stock durch die gemeinschaftliche Umfassungswand eine Thüre hindurchgebrochen, um eine Verbindung der ersten Stockwerke beider Häuser herzustellen.

Auf Klage der das Erdgeschoß bewohnenden, dem Vorhaben widersprechenden Miteigentümer, welche gegen den einen der andern Miteigentümer gerichtet wurde, wurde dieser Eingriff in die gemeinschaftliche Sache als unzulässig erkannt.

Gründe:

I. Es ist nicht bestritten, daß die zwischen den Häusern Nro. 22 u. 24 der Hallstraße in N. befindliche Scheidewand entsprechend dem Art. 66 der württ. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 diesen beiden Häusern gemeinschaftlich sei.

Auch die genannten zwei Häuser stehen je wiederum im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Bewohner. Das Haus Nro. 22 gehört dem Kläger Str. und dem Beklagten, das Haus Nro. 24 dem Kläger Sch. und der Witwe A.

Ob zwischen den Miteigentümern der Häuser eine reelle Teilung dem Eigentum nach, nach Stockwerken und einzelnen Gelassen, oder ob nur eine Teilung der Benützung nach vorliegt, kann dahingestellt bleiben, denn auch im ersteren Falle, wenn ein Haus reell nach Stockwerken abgeteilt ist, bleiben im Zweifel die Grundfläche, die Umfassungswandungen und das Dach, sodann die Hausthüren, Oehrn und Treppen im gemeinschaftlichen Eigentum. Die zwischen den Häusern befindliche Scheidewand bildet aber für jedes der beiderseitigen, je ein selbständiges Ganze darstellenden Häuser eine äußere Umfassungswand. Ueberdies ist zu beachten, daß diese Wand noch als Seitenwand derjenigen Gelasse dient, in welchen die gemeinschaftlichen Treppen sich befinden und welche zum gemeinschaftlichen Wandel zu und von der Bühne bestimmt sind.

Die Thatsachen, welche für ein Sondereigentum der Inhaber der ersten Stockwerke an der Umfassungswand dieses ersten Stocks angeführt werden, beweisen ein solches Sondereigentum nicht. Es wird behauptet, daß die Scheidewand im

ersten Stock eine selbständige sogen. „eingezogene“ Wand bilde, welche nicht mit dem Scheidewändchen im Erdgeschosse unmittelbar zusammenhänge, sondern ausschließlich erst auf der im ersten Stock durchlaufenden Querschwelle errichtet, eingezogen sei. Diese Thatsache mag richtig sein, allein sie ist unerheblich. Es liegt hier nicht eine besondere Eigentümlichkeit der in Frage stehenden Wand vor, sondern es trifft dies regelmäßig bei den ans Riegelfachwerk errichteten Gebäuden zu, da bei diesen jedes Stockwerk als selbständiges konstruiert wird. Aus dieser mit dem gewählten Material zusammenhängenden Konstruktion folgt aber für das Sondereigentum an der Wand nichts. Der Grund, warum die Umfassungswände als gemeinschaftlich gelten, liegt darin, daß dieselben nicht bloß als Seitenwandungen der inneren Räumlichkeiten, sonach vorzugsweise den Interessen der Eigentümer der einzelnen Stockwerke, sondern auch zur Tragung der oberen Gelasse und des Dachs, sowie zum Schutze des ganzen Hauses, somit gemeinschaftlichen Zwecken dienen, und dies gilt auch von den aus Riegelfachwerk hergestellten Umfassungswandungen.

Ebensowenig folgt etwas aus der Unterhaltungspflicht. Es kann die Unterhaltungspflicht einzelner Teile aus Zweckmäßigkeitsgründen dem einen oder dem andern Miteigentümer zugewiesen sein, weil er die betreffenden Räumlichkeiten vorzugsweise benützt, dadurch dieselben auch abnützt und beschädigt, ohne daß daraus für das Sondereigentum dieser Teile etwas geschlossen werden könnte. Zudem wären nur größere Reparaturen, welche von dem einen Miteigentümer allein getragen wurden, geeignet, für dessen Sondereigentum etwas zu beweisen, nicht aber kleinere, welche eben nur die Schäden, die durch den gesonderten Gebrauch herbeigeführt wurden, wieder auszubessern bestimmt waren. Solche größere Reparaturen vermag der Beklagte nicht anzuführen.

Hienach ist anzunehmen, daß die ganze Scheidewand im ideellen Miteigentum der Miteigentümer der Häuser Nro. 22 u. 24 steht.

II. Hinsichtlich gemeinschaftlichen Eigentums und gemein-

schaftlicher Mauern insbesondere gilt der Grundsatz, daß der eine Miteigentümer über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache ohne die Zustimmung des andern Miteigentümers nicht verfügen kann, es wäre denn diese Verfügung zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache nötig — l. 12 Dig. 10, 3, oder es würde gerade der Zweck, zu welchem die Sache bestimmt ist, eine solche Verfügung rechtfertigen — l. 52 § 13 Dig. 17, 2, oder die Veränderung an der gemeinschaftlichen Sache wäre für die letztere ganz unschädlich und der Miteigentümer würde kein wirkliches Interesse daran haben, ob die Veränderung geschehe oder nicht [1]).

Insbesondere verbietet die l. 40 Dig. 8, 2, daß ein Miteigentümer ohne Einwilligung des andern in der gemeinschaftlichen Wand Fenster oder andere Oeffnungen durchbreche, Nischen oder sonstige Vertiefungen und Aushöhlungen anbringe u. dergl.

Diese Grundsätze sind auch in der württ. Bauordnung anerkannt und nur hinsichtlich des Gebrauchs gemeinschaftlicher Scheidemauern in etwas gemildert. Die Motive bemerken — siehe Bitzer, Bau-O. S. 592 — ein Miteigentümer sei nicht befugt, in die gemeinschaftliche Wand Fenster oder andere Oeffnungen ohne Zustimmung des Nachbars, d. h. des Miteigentümers anzubringen und wenn hier auch zunächst nur von gemeinschaftlichen Scheidemauern gesprochen wird, so liegt doch darin eine Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes, der auch auf das Miteigentum an einem und demselben Gebäude anzuwenden ist.

III. Die Umfassungswandungen eines Gebäudes haben zunächst die Bestimmung, die oberen Stockwerke und das Dach zu tragen, sodann aber das Haus gegen äußere Einflüsse abzuschließen, seien dies Einflüsse der Witterung oder Belästigungen durch Staub, Ruß, Lärm oder drohende Feuersgefahr.

Die Umfassungswandungen dienen ferner zum Abschluß des Hauses gegen Fremde, zur Sicherung gegen das Eindringen

---

1) Sarwey, Archiv B. 28. S. 132.

dritter Unberufener, zum Schutze der in dem Hause wohnenden Personen und der in ihm untergebrachten Gegenstände. Es liegt kein Bedürfnis vor und ist nicht üblich, daß jedes Stockwerk gegen außen seinen besondern Eingang habe. Die Bestimmung einer solchen Umfassungswand kann sonach für die Berechtigung, dieselbe durchbrechen und einen weiteren Eingang in das Haus herstellen zu dürfen, nicht angerufen werden.

Der Berufungskläger will aber daraus, daß nur ein dünnes Riegelwändchen, das man gleichsam im Vorbeigehen mit den Ellbogen einstoßen könne und nicht vielmehr eine massive dicke Scheidewand fest vom Grund aus bis zum Dach errichtet worden sei, schließen, daß die Zweckbestimmung nicht die gewesen sei, die beiden Häuser völlig von einander abzuschließen, so daß damit auch Schutz und Sicherheit der Bewohner des einen Hauses gegen andere bewirkt werden sollte, die Thatsache, daß man die Wand jeden Augenblick mit Leichtigkeit durchbrechen könne, weise im Gegenteil darauf hin, daß die beiden Brüder, welche die beiden Häuser seinerzeit erbaut haben, von Anfang an ein späterhin sich ergebendes Bedürfnis ins Auge gefaßt haben, die Anbringung von Verbindungsthüren in dem Riegelmäuerchen in den einzelnen Stockwerken zu ermöglichen.

Diese Beweisführung verliert schon dadurch ihre Bedeutung, weil nicht widersprochen worden ist, daß die Scheidewand ebenso dick sei, wie die andern Umfassungswandungen der Häuser. Wenn dies aber auch nicht der Fall wäre, so könnte nur angenommen werden, daß die Wand nicht dicker hergestellt worden sei aus Sparsamkeitsrücksichten, weil die Erbauer davon ausgegangen sind, es bedürfe keiner dickeren Wand, weil dieselbe weniger den Witterungseinflüssen, Regen, Wind und Kälte ausgesetzt sei, als die anderen Außenwandungen. Hätten die Erbauer absichtlich die Mauer so dünn gemacht, um später eine Verbindung herstellen zu können, so würden sie wohl ihre Absicht auch verwirklicht und eine Thüre hergestellt haben, oder sie hätten wenigstens die Wand so konstruiert, daß die Thüröffnung hätte angebracht werden können, ohne Balken herausnehmen oder versetzen zu müssen.

Eine solche Voraussicht und Vorsorge aber, daß sie für spätere Bewohner die Möglichkeit hätten offenhalten wollen, eine Verbindungsthüre durchbrechen zu können, wenn sich einmal das Bedürfnis dazu ergeben sollte, wird wohl den Erbauern der Häuser nicht zugetraut werden dürfen. Sie hätten erwogen, daß es sich häufiger ereignen werde, daß die zusammenstoßenden Stockwerke von solchen bewohnt werden, die einander nichts angehen als von Verwandten.

IV. Auch der Satz, daß einem Miteigentümer die Verfügung über die gemeinschaftliche Sache erlaubt sei, wenn die beabsichtigte Veränderung für die Sache und den andern Miteigentümer nicht schädlich sei und für diesen kein Interesse bestehe, zu widersprechen, kann nicht zur Anwendung kommen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sämtliche von den Klägern angeführten Gründe, die sie für eine zu befürchtende Gefährdung vortragen, zutreffen; jedenfalls ist nicht zu bestreiten, daß ihre Bedenken wegen erhöhter Feuersgefahr und wegen Erleichterung des Zutritts fremder Personen nicht als unbegründet angesehen werden können.

Es kommt nicht darauf an, ob die Thüre in geschlossenem Zustand dem Feuer oder dem Eindringen Dritter gleichen oder geringeren Widerstand entgegengesetzt, wie die undurchbrochene Wand; sondern darauf, daß nunmehr eine weitere Oeffnung und ein weiterer Eingang zu den Wohnungen und sonstigen Räumlichkeiten der Kläger vorhanden ist, worüber diese nicht und nicht einmal mit zu verfügen haben.

Die in die gemeinschaftliche Wand durchgebrochene Thüre führt in Gelasse, welche zum gemeinschaftlichen Wandel der Bewohner je eines Hauses dienen, von welchen eine Treppe hinauf zu ihren Bühnenräumlichkeiten führt.

Der Beklagte hat den Klägern nicht angeboten, ihnen den Mitverschluß der neu angelegten Thüre einräumen zu wollen, nicht einmal die Thüre stets verschlossen zu halten und sie nur zu jedesmaligem Gebrauche öffnen zu wollen.

Es würden nicht nur die Bewohner des oberen Stockwerks des benachbarten Hauses stets den Zutritt zu dem

andern Hause haben, sondern es würde auch von dem Belieben derselben abhängen, wem sie den Eintritt in dasselbe gestatten wollten. Und nicht bloß von dem Belieben, sondern auch von der Vorsicht derselben würde es abhängen, ob die Thüre offen stehen bleibt und dadurch auch Unberufenen das Hereinkommen erleichtert wird. Den Bewohnern der Erdgeschosse wäre die Beaufsichtigung dieses Eingangs und der Eintretenden bei Nacht überhaupt nicht möglich und auch bei Tage erschwert. Hienach wäre nicht nur die persönliche Sicherheit der in den Erdgeschossen wohnenden Personen vermindert, sondern auch ihr Eigentum eher dem Diebstahl ausgesetzt und die Feuersgefahr erhöht. Die Kläger müßten viel mehr, als sie durch ihre bisherigen Mithausbewohner veranlaßt gewesen wären, ihre Räumlichkeiten geschlossen halten. Wollte aber auch der Beklagte den Klägern den Mitverschluß dieser Thüre einräumen, so wären sie durch die Notwendigkeit der Beaufsichtigung, ob dieselbe auch geschlossen werde, mehr als bisher belästigt.

V. Durch das Durchbrechen der Mauer und die Herstellung der Thüre sind daher die Kläger benachteiligt, und sie sind demgemäß berechtigt, die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verlangen; denn es ist auch die Behauptung, aus der von dem Gemeinderat zu N. ausgesprochenen Baugenehmigung folge, daß eine Beschädigung für die Kläger mit der von dem Beklagten vorgenommenen Veränderung nicht verbunden sei, eine unzutreffende: die Genehmigung des Bauwesens ist unter dem ausdrücklichen Vorbehalt erfolgt, daß die Einsprachen der Nachbarn Sch. und Str. der civilrichterlichen Entscheidung unterliegen.

Entscheidung des 1. Senats des Oberlandesgerichts v. 30. Dez. 1890 in der Berufungssache Renkenberger c. Schäfer und Strenger.

22.

Abrechnung einer Zahlung, wenn mehrere Schuldposten vorhanden sind.

Der Kläger, welcher bei einem Eisenbahnunfall körperlich verletzt wurde und einen Geldbetrag verlor und demgemäß Ersatzansprüche gegen die Eisenbahnverwaltung erhob, erhielt von der letzteren auf seine Vorstellung, daß er wegen seiner Arbeitsunfähigkeit von Mitteln entblößt sei, eine Abschlagszahlung von 500 M. „auf Abrechnung an den demselben aus diesem Unfalle zukommenden Entschädigungsansprüchen", ohne daß übrigens ein Anspruch von der Eisenbahnverwaltung anerkannt wurde. Anstatt sämtliche Ersatzansprüche zusammen geltend zu machen, erhob Kläger zunächst nur Klage auf Ersatz der von ihm verlorenen 700 M. Die Beklagte wendete ein, der Kläger habe die erhaltene Abschlagszahlung auf diese 700 M. anzurechnen, was der Kläger bestritt, indem er auf seine Ersatzforderung wegen verminderter Arbeitsfähigkeit, bezüglich deren er sich Klage vorbehielt, abrechnen zu wollen erklärte. Der Kläger wurde mit seiner Klage auf Grund der Einwendung der Beklagten zum Teil abgewiesen.

Gründe:

Da der Kläger nicht erwiesen hat, daß eine Vereinbarung getroffen worden sei, es solle auf die Forderung wegen verminderter Arbeitsfähigkeit abgerechnet werden, so bleibt es bei der von der Beklagten am 20. Dezember 1889 bei der Zahlung getroffenen Bestimmung; denn bei der Zahlung kann der Schuldner festsetzen, welche Schuld er tilgen will und diese Bestimmung ist maßgebend, l. 1 Dig. 46, 3. Die Erklärungen des Gläubigers können dann erheblich werden, wenn er alsbald sich darüber ausspricht, auf welche Forderung er die Zahlung annehme und der Schuldner nicht widerspricht, s. l. 1 Dig. eod.

Der Kläger hat aber auf die Dekrete vom 20. und 24. Dezember nicht sofort eine abweichende Erklärung abgegeben.

Die Abschlagszahlung von 500 M. kann auch nicht, wie der Kläger will, verhältnismäßig auf die verschiedenen Ansprüche abgerechnet werden. Denn die Beklagte hat den Betrag von 500 M. nicht bezahlt auf die Forderungen, welche Kläger m a c h t, sondern auf diejenigen, welche er h a t, wie

das Wort „zukommenden“ zeigt. Darüber, welche Ansprüche der Kläger hat, steht noch nichts fest, und es ist unzulässig, wenn nun der Kläger versucht, Ansprüche in zweiter Instanz zur Feststellung zu bringen, auf welche die Klage in erster Instanz sich nicht erstreckt hat.

Ist hienach auf die „dem Kläger zukommenden Ansprüche“, d. h. auf sämtliche abzurechnen, so fehlt es allerdings an einer ausdrücklichen Bestimmung der Parteien darüber, wie die Abrechnung zu erfolgen habe, wenn nicht sämtliche zugleich, sondern nur einzelne der klägerischen Forderungen zur Feststellung kommen. Eine solche Bestimmung zu treffen, war überflüssig, da anzunehmen war, daß sämtliche Ansprüche gleichzeitig eingeklagt und über alle gleichzeitig entschieden werden sollte. In diesem Falle war es gleichgültig, an welchen abgerechnet werde. Erst nachdem der Kläger gesonderte Klage erhoben hat, konnte diese Frage entstehen. Da eine maßgebende Bestimmung der Parteien nicht vorliegt, so entscheidet die gesetzliche Regel. Nach dieser kommt zuerst die lästigere Schuld an die Reihe, l. 3 § 5 loc. cit. Ist eine Forderung bedingt, eine andere unbedingt, so ist auf die unbedingte, bei einer bestrittenen und unbestrittenen auf die unbestrittene abzurechnen, l. 3 l. 1 eod.

Der Grund ist: weil es bei der bestrittenen oder bedingten Forderung immer noch zweifelhaft bleibt, ob die Bedingung sich erfüllen und ob die bestrittene Forderung dem Gläubiger zugesprochen werden wird. Dieser Grund führt aber bei mehreren bedingten und mehreren bestrittenen darauf, daß diejenige Forderung als bezahlt zu gelten hat, deren Bedingung sich zuerst erfüllt, oder welche dem Gläubiger zuerst zugesprochen wird, weil es bei den andern noch zweifelhaft ist, ob sie zur Existenz oder Feststellung kommen werden.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. v. 13. Febr. 1891 in Sachen Fahrner c. Fiskus.

23.

Handeln in fremdem Auftrag oder für fremde Rechnung.

Die Beklagten haben ihr Hochzeitsessen bei dem Kläger, einem Wirt, bestellt, weigerten sich aber, dasselbe zu bezahlen und verwiesen denselben an die Mutter der beklagten Ehefrau, die Witwe H. Es wurde in Abänderung des erstrichterlichen Urteils dem Klagegesuch gemäß erkannt.

Gründe:

Beklagte haben unbestrittenermaßen das Hochzeitessen, auf dessen Bezahlung die Klage gerichtet ist, selbst beim Kläger bestellt. Sie behaupten nicht, daß sie diese Bestellung ausdrücklich im Namen der Witwe H. vorgenommen haben. Ebensowenig geht die Bestellung auf deren Namen aus den Umständen hervor. Denn die Beklagten wollen zwar bei ihrem dem Kläger behufs Bestellung des Hochzeitessens gemachten Besuche zur Einleitung der Besprechung die Aeußerung, sie kommen im Auftrage der Mutter der Braut, um das Hochzeitessen zu bestellen, gethan und hiebei an denselben die von ihm bejahte Frage, ob er die Adresse derselben kenne, gestellt haben. Allein damit haben sie noch nicht erklärt, daß sie die Bestellung im Namen der Witwe H. machen. Ihre Aeußerung läßt auch die Auffassung zu, daß sie damit die Veranlassung ihres Kommens bezeichnen und dabei zugleich dem Kläger aus naheliegenden Gründen zu verstehen geben wollten, das von ihnen zu bestellende Hochzeitessen gehe auf Rechnung der Witwe H. als der Mutter der Braut. Nach dieser Auslegung der fraglichen Aeußerung haben Beklagte mit derselben dem Kläger nicht zu erkennen gegeben, daß sich die Haftung für die fragliche Bestellung auf die Witwe H. beschränken solle, da das Bestellen auf fremde Rechnung die Uebernahme der eigenen Haftung nicht ausschließt und nur dann, wenn die Beklagten die Witwe H. deutlich und bestimmt als die eigentliche Kontrahentin und sich als deren Stellvertreter bezeichnet hätten, die Bestellung als im Namen der Witwe H. gemacht erscheinen würde. Läßt sonach die angebliche Aeußerung der Beklagten nicht auf eine im Namen der H. erfolgte Bestellung schließen, so kann dahingestellt bleiben, ob Beklagte diese Aeußerung gethan haben.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. v. 27. Juni 1890 in Sachen des Hotelbesitzers Louis B. c. E.

24.

Haftung einer Gemeinde für ihre Beamten.

Es handelt sich um den Ersatz des Schadens, der durch fehlerhafte Anlage einer Dohle auf Gemeinde-Eigentum an einem anderen Grundstück entstanden sein soll. Hierüber wurde bemerkt:

Der in Rede stehende Schadensersatzanspruch wird in erster Linie auf zwei Verträge, eventuell auf das aquilische Gesetz gegründet.

Allein eine besondere Zusage war nicht erteilt worden; dagegen bestand für die Gemeinde allerdings diejenige Verpflichtung, die sie auch abgesehen von dem Vertrage hatte, bei der von ihr bewerkstelligten Anlage die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um einer Sachbeschädigung des Eigentums Dritter vorzubeugen, welcher diese andernfalls nicht unterlegen wären. Auch ein schuldhaftes Unterlassen verpflichtet aquilisch, wenn die Vornahme einer Handlung dafür, daß sie nicht in ihren Folgen auf fremdes Eigentum schädigend einwirkt, zu sorgen gebietet.

Auch eine juristische Person haftet nicht nur für die Erfüllung der aus Kontraktverhältnissen hervorgehenden oder durch spezielle Gesetze auferlegten Verpflichtungen, wie eine Privatperson, sondern sie ist auch für schuldhafte Handlungen und Unterlassungen ihrer Vertreter innerhalb der Zuständigkeit derselben in gleichem Maße verantwortlich, wie eine Privatperson für ihre eigenen Handlungen und Unterlassungen [1]).

Dagegen haftet allerdings der Staat nicht auch für die von seinen Beamten bei Ausführung der ihnen übertragenen

1) Seuffert Bd. 44. Nr. 83.

Regierungsakte verübten Delikte und Verschuldungen [1]). Das Gleiche muß auch für Gemeinden gelten, soweit die Gemeinden der bestehenden Staatseinrichtung zufolge Regierungsakte durch ihre Gemeindebeamten ausführen zu lassen haben.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts v. 27. Juni 1890 in Sachen der Firma J. G. C.'sche Buchhandlung Nachf. c. die Stadtgemeinde St.

25.

Haftung des Prinzipals für die Handlungen eines Handlungsbevollmächtigten.

Die Beklagte betreibt die Restauration zum Kaiserhof in Stuttgart durch einen von ihr angestellten Leiter derselben, welchem jedoch nicht die Prokura übertragen ist. Der letztere hat Namens der Beklagten mit der Klägerin einen Vertrag abgeschlossen, wornach diese die Herstellung der elektrischen Beleuchtung der Gewerbehalle anläßlich der dort beabsichtigten Produktionen des Seiltänzers Brunner, mit welchen ein Restaurationsbetrieb seitens des Kaiserhofs verbunden sein sollte, übernahm. Die Beklagte weigert sich, die Kosten der Einrichtung der elektrischen Beleuchtung zu bezahlen, wurde aber unter Abänderung der erstrichterlichen Entscheidung hiezu verurteilt.

Gründe.

I. Nach dem Inhalt des zwischen der Beklagten und ihrem Angestellten abgeschlossenen Dienstvertrags war der letztere von der Beklagten zum Betrieb ihrer Stuttgarter Zweigniederlassung, des Restaurants zum Kaiserhof, bevollmächtigt, ohne Prokurist zu sein. Seine Vollmacht erstreckte sich demgemäß nach A. 47 H.G.B. auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen größeren Restaurationsanwesens gewöhnlich mit sich bringt. In den öffentlichen Blättern war

1) s. Entscheid. des Reichsger. Bd. 11. S. 206, Bd. 17. S. 105.

die Uebertragung der Leitung des Kaiserhofs an den Angestellten Pf. bekannt gemacht.

II. Es fragt sich also, ob der Betrieb eines Restaurants von der Art des Kaiserhofs derartige Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, oder ob gerade der Kaiserhof derart betrieben wurde, daß der Abschluß solcher Geschäfte als zum Wirkungskreis des Wirtschaftsleiters gehörig gelten mußte.

Die Uebernahme einer bei einer besonderen Gelegenheit — einer Schaustellung, einem Fest — vorübergehend einzurichtenden Restauration außerhalb des ständigen Geschäftslokals ist seitens eines Restaurants von der Art des Kaiserhofs keineswegs etwas Ungewöhnliches.

Es ist gerichtsbekannt, daß dies bei jedem Volksfest, jeder Ausstellung auch in Stuttgart ganz regelmäßig vorkommt. Es lag also nichts Auffallendes darin, wenn Pf. Namens der Klägerin die Wirtschaft in der Gewerbehalle anläßlich der Brunner'schen Produktionen übernehmen zu wollen erklärte. Das, was der Betrieb eines Restaurants „gewöhnlich“ mit sich bringt, ist nicht gleichbedeutend mit dem was er alltäglich mit sich bringt, es fällt vielmehr darunter auch das, was besondere, aber nicht abnorme, sondern im gewöhnlichen Lauf der Dinge regelmäßig von Zeit zu Zeit eintretende Umstände oder Anlässe mit sich bringen, was unter solchen Umständen ein Restaurateur zu thun pflegt; der Gegensatz des „Gewöhnlichen“ ist das Auffallende, durch die Ungewöhnlichkeit Verdacht Erregende.

Damit also, daß nach dem Dienstvertrag und den Veröffentlichungen in den Zeitungen dem Pf. „die Leitung des Etablissements Kaiserhof“ übertragen war, war nicht ausgesprochen, daß Pf. irgend welchen Wirtschaftsbetrieb außerhalb der Räume des Kaiserhofs für Rechnung der Beklagten nicht übernehmen durfte, vielmehr erstreckte sich seine Vollmacht Dritten gegenüber gemäß Art. 47 H.G.B. auch auf die Uebernahme derartiger Restaurationsbetriebe; dabei ist wohl möglich, daß Pf. der Beklagten gegenüber verpflichtet war, sich auf ein solches Unternehmen ohne ihre Zustimmung nicht einzulassen.

III. Da der beabsichtigte Restaurationsbetrieb in der Gewerbehalle die Einrichtung einer Beleuchtung der Wirtschaftsräume voraussetzte, durfte Klägerin den Pf. für ermächtigt ansehen, auch diese Beleuchtungseinrichtung Namens der Beklagten zu bestellen. Ob das Unternehmen des Pf. ein einträgliches zu werden versprach, berührte die Klägerin nicht; es war Sache der Beklagten, als Leiter ihres Stuttgarter Geschäfts einen Mann aufzustellen, der innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht ohne ihre Zustimmung nichts Gewagtes unternahm.

Nun sollte freilich der Restaurationsbetrieb in der Gewerbehalle nur in drei kleineren Räumen derselben stattfinden, während die von Pf. bei der Klägerin bestellte Beleuchtungsanlage sich auch auf den großen Raum der Gewerbehalle bezog, in welchem Brunner sich produzieren wollte. Es kann daher der Zweifel entstehen, ob Klägerin den Pf. in seiner Eigenschaft als Leiter des Kaiserhofs für ermächtigt halten durfte, auch diese umfassende Beleuchtungsanlage für Rechnung der Beklagten zu bestellen.

In dieser Richtung kann dahingestellt bleiben, ob der Leiter einer Restauration von der Art des Kaiserhofs allgemein als bevollmächtigt anzusehen ist, eine derartige Bestellung Namens seines Prinzipals zu machen, wenn dieselbe — wie dies im vorliegenden Fall zutrifft — in engem Zusammenhang mit einem von ihm zu unternehmenden Wirtschaftsbetrieb steht. Denn jedenfalls muß Beklagte nach ihrem bis zu dem fraglichen Zeitpunkt beobachteten Verfahren die Bestellung des Pf. gegen sich gelten lassen.

IV. Es ist außer Streit, daß Pf. bei den Produktionen des Buffalo Bill die elektrische Beleuchtung auf dem Cannstatter Wasen und bei der hygieinischen Ausstellung in Stuttgart die ganze elektrische Beleuchtung für Rechnung der Beklagten hat erstellen lassen und daß diese hiefür aufgekommen ist. Auch hier handelte es sich also anläßlich eines vom Kaiserhof übernommenen Wirtschaftsbetriebs um Erstellung von Beleuchtungsanlagen in weiterem Umfang als für die Wirt-

schaftsräumlichkeiten erforderlich war. Daß die finanzielle Tragweite der in betreff dieser 2 Beleuchtungsanlagen abgeschlossenen Verträge derjenigen des nunmehr in Frage stehenden gleich kam, ist von der Beklagten nicht in Abrede gezogen und unbedenklich anzunehmen.

Die Beklagte hat nun zugegeben, daß jene zwei Verträge von Pf. und zwar in seiner Eigenschaft als Direktor des Kaiserhofs abgeschlossen worden sind. Pf. hat sich also hiebei geberdet, als liege der Abschluß solcher Verträge innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht als Leiter des Kaiserhofs, und die Beklagte hat dies nicht verhindert, sondern mindestens geduldet: sie hat nicht darauf gedrungen, daß die betreffenden Verträge von einem ihrer Theilhaber oder von Pf. lediglich unter Berufung auf eine ihm hiezu erteilte Spezialvollmacht abgeschlossen und unterzeichnet wurden. Wenn Pf. — wie in erster Instanz von der Beklagten behauptet worden ist — in beiden Fällen zuvor bei der Beklagten angefragt und deren Zustimmung eingeholt hat, so ändert dies nichts an der Thatsache, daß er nach außen ohne Widerspruch der Beklagten als zum Abschluß dieser Verträge kraft seiner allgemeinen Vollmacht berechtigt aufgetreten ist.

V. Im gegenwärtigen Fall liegt demnach die Sache so: indem Pf. mit der Klägerin in seiner Eigenschaft als Leiter des Kaiserhofs den Vertrag abschloß, gab er sich den Anschein, als sei er kraft seiner Stellung bevollmächtigt, derartige Vereinbarungen für Rechnung der Beklagten zu treffen. Für die Klägerin aber lag kein Grund vor, die Wahrheit dieser stillschweigenden Versicherung des Pf. über den Umfang seiner Vollmacht zu beargwohnen und über den wirklichen Umfang derselben (etwa bei der Beklagten selbst) Erkundigungen einzuziehen, zumal da Pf. im Herbst desselben Jahres ähnliche Verträge gleichfalls in seiner Eigenschaft als Direktor des Kaiserhofs abgeschlossen hatte, welche Beklagte gegen sich hatte gelten lassen. Dieses Verhalten der Beklagten mußte in der Klägerin die Meinung erregen, daß Pf. kraft seiner Stellung als Direktor des Kaiserhofs zum Abschluß derartiger Verträge

für die Beklagte ermächtigt sei, und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, welche derartige Verhältnisse beherrschen, muß deshalb die Beklagte diesen Vertrag als für sie bindend gelten lassen: ihre Sache war es, den Umfang der Vollmacht des Pf. in klarer und unzweideutiger Weise kund zu geben; wenn sie dies unterließ, wenn sie duldete, daß Pf. sich einen Titel beilegte, welcher sehr weitgehende Befugnisse umfassen konnte, und in seiner Eigenschaft als Direktor des Kaiserhofs ähnliche Verträge wie den jetzt in Frage stehenden für sie abschloß und dadurch den Glauben erregte, daß die Vollmacht des Pf. den Abschluß derartiger Verträge ihm gestatte, so ist Beklagte nicht berechtigt, sich der Haftung aus solchen Verträgen zu entziehen, mag auch in Wirklichkeit die Vollmacht des Pf. nicht so weit gegangen sein. Klägerin aber brauchte sich, nachdem sie davon ausgehen durfte, daß Pf. die Vollmacht habe, solche Verträge Namens der Beklagten abzuschließen, nicht darnach zu erkundigen, ob Pf. etwa der Beklagten gegenüber verpflichtet sei, vor Abschluß des Vertrags sich des Einverständnisses der Beklagten zu vergewissern, und ob er dieser Verpflichtung nachgekommen sei.

Dem Ausgeführten zufolge war Beklagte verpflichtet, für Bezahlung der durch Pf. bestellten Anlage einzustehen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 29. Januar 1892 in Sachen der Firma Dorn gegen die Firma Pschorr.

26.

Vertretung einer Kommanditgesellschaft durch einen Gesellschafter und einen Prokuristen. Thatsächliche Handhabung der Vertretung.

Die Beklagte, eine Kommanditgesellschaft, welche auf Zahlung des Kaufschillings für ein Pferd belangt wird, hat geltend gemacht, der fragliche Kaufvertrag binde sie nicht, weil er nur von dem Gesellschafter B. für sie abgeschlossen worden

sei, während nach dem Gesellschaftsvertrage, welcher in dem Handelsregister eingetragen ist, die Firma gemeinschaftlich von beiden persönlich haftenden Gesellschaftern oder einem derselben in Gemeinschaft mit dem Prokuristen gezeichnet werde. Der Kläger hat eingewendet, eine solche Bestimmung sei ohne Rechtswirkung gegenüber von Dritten; jedenfalls sei die Vertretung so gehandhabt worden, daß B. häufig allein Rechtsgeschäfte abgeschlossen habe. Die Beklagte wurde zur Zahlung verurteilt.

Gründe:

Die von der Beklagten in ihrem Gesellschaftsvertrage getroffene, im Handelsregister eingetragene und veröffentlichte Bestimmung, wonach der persönlich haftende Gesellschafter B. nur in Gemeinschaft mit dem Prokuristen die Firma zu zeichnen berechtigt ist, konnte mit Rechtswirksamkeit Dritten gegenüber getroffen werden. Denn bei einer Kommanditgesellschaft wie bei einer offenen Handelsgesellschaft ist es zulässig, sämtliche (persönlich haftende) Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft auszuschließen und diese Vertretung auf einen Prokuristen zu übertragen [1]).

Es ist ferner [2]) zulässig, zu bestimmen, daß das Recht zur Vertretung der Gesellschaft von sämtlichen vertretungsberechtigten (persönlich haftenden) Gesellschaftern nur gemeinschaftlich soll ausgeübt werden dürfen, daß also alle (persönlich haftenden) Gesellschafter von dem Recht, für sich allein die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen sein sollen [3]).

Hienach erscheint auch die Bestimmung als zulässig, daß ein Prokurist nur in Gemeinschaft mit einem (persönlich haftenden) Gesellschafter, beziehungsweise ein Gesellschafter nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen die Firma zu zeichnen berechtigt ist, zumal da für deren Statthaftigkeit ein praktisches Bedürfnis spricht [4]).

1) Gareis und Fuchsberger, Kommentar zum Hand.G.B. S. 217 Nr. 21 Abs. 2 und die dort citierten.

2) Vergl. Art. 86 Ziff. 4 Hand.G.B.

3) Vergl. z. B. R.Ger. Bd. 24. Nr. 4. S. 27.

4) Vergl. den Fall R.G. Bd. 2 Nr. 10.

Wenn hiegegen eingewendet worden ist: der Prokurist als Stellvertreter aller Gesellschafter könne nicht gleichzeitig mit einem Gesellschafter handeln, so ist dies nicht zutreffend, weil der Prokurist wie der Gesellschafter die Gesellschaft vertreten [1]) und daher begrifflich nichts im Wege steht, daß sie diese Vertretungsbefugnis gemeinsam ausüben.

II. Auf Grund der eigenen Erklärungen der Beklagten in zweiter Instanz steht aber fest, daß die Bestimmung, wonach der persönlich haftende Gesellschafter die Firma nur gemeinschaftlich mit dem Prokuristen soll zeichnen dürfen, nicht in dem Sinne von der Beklagten gehandhabt wurde, daß B. keinerlei Rechtsgeschäft ohne Mitwirkung des Prokuristen abschließen durfte, wie dies auch bei dem Umstand, daß der Prokurist N. als Privatier in Stuttgart wohnhaft ist, kaum durchführbar wäre.

Beklagte hat zugegeben, daß B. „gewisse" Geschäfte allein abschließen darf, daß ihm „ein gewisses Limito" gegeben ist; nur bei „wichtigeren Geschäften" soll die Mitwirkung des Prokuristen erforderlich sein. Der Begriff der „wichtigeren Geschäfte" ist aber ein so unbestimmter, daß es schon vom objektiven Standpunkte aus zweifelhaft erscheinen muß, ob hierunter die Verwandlung eines über ein Pferd im Wert von 6—700 M. auf Probe abgeschlossenen Kaufs in einen festen Kauf fällt, ob das Erfordernis der Mitwirkung des Prokuristen nicht auf diejenigen Geschäfte zu beschränken ist, wobei in der That eine „Zeichnung der Firma" einzutreten pflegt. Jedenfalls aber war Kläger zu der Annahme berechtigt, daß B. zum Abschluß dieses festen Kaufs befugt sei; denn angesichts der feststehenden Thatsache, daß B. eine Reihe von Rechtsgeschäften ohne Mitwirkung des Prokuristen abgeschlossen hat und abschließen darf, brauchte er nicht den Verdacht zu hegen, daß im gegenwärtigen Falle B. unbefugt, unter Ueberschreitung seiner Vollmacht handle: wenn B. je in Wirklichkeit seine Vollmacht überschritten haben sollte, so müßte dies der Be-

1) Vergl. z. B. Art. 114 und 167 H.G.B.

klagten zum Nachteil gereichen; denn durch die Art der Handhabung der Vorschrift, daß B. nur gemeinsam mit dem Prokuristen die Firma zeichnen dürfe, hat sie bewirkt, daß für dritte Personen in Fällen, wie der vorliegende, nicht ersichtlich ist, daß hier eine Mitwirkung des Prokuristen erfolgen sollte; bei einer derartigen Sachlage sind solche Personen berechtigt, sich bei Rechtsgeschäften, wie das in Frage stehende, darauf zu verlassen, daß der persönlich haftende Gesellschafter seine Vollmacht einhält [1]).

Es kommt hiezu, daß nach den eigenen Angaben des B. es mindestens zweifelhaft erscheinen muß, ob er in ähnlichen Fällen, wo er allein in Person einen Vertrag abgeschlossen hat, der von der Beklagten als gültig anerkannt wurde, dem Vertragsgegner Mitteilung davon gemacht hat, daß er zugleich im Auftrag des Prokuristen handle, ob also nicht der äußere Hergang in ähnlichen Fällen das Publikum zu der Annahme veranlassen mußte, daß B. allein zum Abschluß derartiger Verträge berechtigt sei.

Hienach stellt sich der Einwand der Beklagten, daß B. zum Abschluß des vom Kläger behaupteten festen Kaufs für sich allein nicht legitimiert gewesen sei, als unstichhaltig dar.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. v. 6. Febr. 1891 in Sachen der Brauereigesellschaft Vögel u. Cie. c. Kurz.

27.

Auch eine Handelsgesellschaft kann unter verschiedenen Firmen mehrere Geschäfte betreiben.

Die Stadtgemeinde St. klagte gegen die Firma: J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger auf Bezahlung einer an sich anerkannten Forderung. Die Beklagte machte wettschlagend eine der Firma Gebr. Kr. zustehende Forderung hiegegen gel-

1) Vergl. Thöl, Hand.R. (6. Aufl.) § 65 I bei Note 10—12.

tend. Der Richter I. Instanz verwarf die Einrede, weil die eine Handelsgesellschaft nicht mit der einer andern Handelsgesellschaft zustehenden Forderung wettschlagen könne. In II. Instanz wurde die Einwendung zugelassen.

Gründe:

Die Annahme des vorigen Richters, daß die beklagte Firma nicht befugt sei, solchen Schaden, der auf dem Areale der offenen Handelsgesellschaft Gebr. Kr. angerichtet wurde, im Wege der Kompensation geltend zu machen, ist unzutreffend.

Daß die Begründung zweier selbständigen offenen Handelsgesellschaften durch die nämlichen Personen rechtlich möglich ist, ist richtig [1]).

Allein für die Feststellung, ob in der That zwischen Adolph und Paul Kr. zwei verschiedene offene Handelsgesellschaften, die eine mit der Firma: Gebr. Kr. und eine weitere mit der Firma: J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger bestanden, oder ob diese beiden im Handelsregister eingetragenen Firmen nur verschiedene Namensbezeichnungen für eine und dieselbe Gesellschaft, die zwischen Adolph und Paul Kr. bestehende offene Handelsgesellschaft, bildeten, sind die Einträge in dem Handelsregister, beziehungsweise der Inhalt der Anmeldungen zu demselben von maßgebender Bedeutung [2]).

Daß ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte betreibt, für dieselben verschiedene Firmen führen kann, ist in den Protokollen zum Entwurf des allgem. deutschen Hand.Ges.Buch Seite 920 anerkannt [3]).

Dasselbe muß auch für die offene Handelsgesellschaft gelten, welche mehrere Geschäfte betreibt. Der Betrieb mehrerer Geschäfte unter verschiedenen Firmen durch denselben Einzelnkaufmann oder dieselbe offene Handelsgesellschaft kommt insbesondere bei Verlagsgeschäften vor. Aus dem Gebrauche verschiedener Gesellschaftsfirmen für die verschiedenen Geschäfte

1) Entscheid. d. Reichsger. Bd. 16. S. 17.

2) s. die Note 1 cit. Entsch und Entsch. des Reichsober-H.G. Bd. 24. Nr. 47. S. 156.

3) vgl. R.O.H.G. 15. S. 157; Bd. 20. S. 34, Bd. 24. S. 156.

folgt aber nicht ohne weiteres, daß unter den nämlichen Personen mehrere selbständige offene Handelsgesellschaften bestehen.

Die Handelsregisterakten ergeben aber folgendes: am 2. März 1889 haben Adolph und Paul Kr. angezeigt, daß das unter der Firma: „J. G. C.'sche Buchhandlung in Stuttgart" betriebene Handelsgeschäft mit Zweigniederlassung in München auf die Firma: Gebrüder Kr. (Theilhaber: Adolph Kr. und Paul Kr.) übergegangen sei, und unter der Firma: J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger fortgeführt werde &c. &c.

In das Handelsregister, Abteilung für Gesellschaftsfirmen, wurde die Firma: „J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger" mit der Bemerkung eingetragen: das Geschäft: J. G. C.'sche Buchhandlung ist auf die offene Handelsgesellschaft des Adolph Kr. und des Paul Kr. übergegangen, welche dasselbe unter der Firma: „J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger" fortbetreiben.

Hieraus ergibt sich evident, daß zwischen Adolph und Paul Kr. Eine offene Handelsgesellschaft begründet wurde, die unter der Firma: Gebr. Kr. ein Handelsgewerbe betrieb und daß auf diese Gesellschaft sodann ein weiteres Geschäft übergegangen ist, das von ihr unter der Firma: J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger weitergeführt wurde, daß aber nicht eine zweite selbständige offene Handelsgesellschaft zwischen Adolph und Paul Kr. begründet worden ist.

Die unter der Firma: J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger belangte offene Handelsgesellschaft konnte also die ihr zustehenden Gegenforderungen zur Aufrechnung bringen, auch wenn es sich um eine Gegenforderung handelte, die sie aus einem unter der Firma: Gebr. Kr. geschlossenen Handelsgeschäfte zu machen hatte, oder um eine Gegenforderung, die durch Beschädigung von Grundstücken entstanden war, die unter der von ihr früher allein geführten Firma: Gebr. Kr. in den öffentlichen Büchern liefen.

Unerheblich wäre es auch, wenn bei dem unter der Firma: J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger betriebenen Geschäfte der zwischen Adolph und Paul Kr. errichteten offenen Handels-

gesellschaft, nicht auch bei dem von ihr unter der Firma: Gebr. Kr. betriebenen Geschäfte ein Dritter als stiller Gesellschafter beteiligt war. Die stille Gesellschaft, welche als lediglich inneres Verhältnis nicht in das Handelsregister eingetragen wird, ändert an der rechtlichen Stellung des Komplementars nach außen nichts.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 27. Juni 1890 in Sachen der Firma J. G. C.'sche Buchhandlung Nachfolger c. die Stadtgemeinde St.

28.

Stiller Gesellschafter oder Comis interessé? Der letztere hat kein Recht auf abschriftliche Mitteilung der Bilanz.

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger die abschriftliche Mitteilung der Bilanzen der Jahre 1886 bis 1888 fordern könne, oder ob er nur, was ihm die Beklagte gestatten will, diese auf dem Comptoir der Beklagten einzusehen hat. Die Klage ist abgewiesen worden.

Gründe:

I. Daß der Kläger stiller Gesellschafter der Beklagten geworden sei, kann nicht angenommen werden. Eine ausdrückliche Vereinbarung hat der Kläger nicht behauptet; und auch aus den vom Kläger geltend gemachten Umständen ergibt sich nicht, daß eine stille Gesellschaft zwischen dem Kläger und der Beklagten begründet wurde. Der Kläger, welcher im Dienste der Beklagten bis 1883 einen fixen Gehalt bezogen hatte und insbesondere als Reisender und als Prokurist der Beklagten kaufmännische Dienste leistete, erhielt zwar von 1883 an statt eines fixen Gehaltes die Hälfte des jährlichen Reingewinns. Wenn man auch annimmt, daß die Vermögenseinlage eines stillen Gesellschafters in der Einwerfung von Diensten, insbesondere kaufmännischen Diensten, bestehen könne, so hat doch der Kläger seine Dienste nach wie vor in Erfüllung des Dienstvertrages, und nicht als Vermögenseinlage geleistet. Es war

nicht ein durch Uebereinkunft des Klägers und des Inhabers der beklagten Firma oder durch Taxation festgesetzter Wertbetrag der Dienste des Klägers als Betrag einer Vermögenseinlage dem Kläger gutgebracht, mit der er bei dem Betrieb des Handelsgewerbes der Beklagten beteiligt worden wäre. Der Anteil am Gewinne, den er hatte, kam ihm als Belohnung für die Dienste, die er dem Inhaber der beklagten Firma leistete, zu. Der Betrag des Gewinnanteiles des Klägers, soweit er nicht vom Kläger nach Bedarf zu seinem Unterhalte erhoben wurde, bildete, da er der beklagten Firma gegen Verzinsung zu 5 % jeweils belassen wurde, ein gewöhnliches Kreditum, ein Darlehen an die Beklagte, nicht eine Einlage des Klägers als stiller Gesellschafter. Gegen die Behauptung des Klägers, daß er Associe der Beklagten geworden sei, spricht auch, daß er eine Verabredung bezüglich der Höhe seiner Einlage nicht behaupten kann, und insbesondere, daß die Geldbeträge, welche Kläger der Bekl. beließ, demselben zu festem Satze — 5 % verzinst wurden, während die Höhe des Gewinnanteiles, den Kläger erhielt, von dem Betrage, der dem Kläger auf dem Kapitalkonto im Geheimbuch der Beklagten gutgeschrieben wurde, unabhängig blieb. Damit, daß der Kläger nur commis interessé der Beklagten, nicht stiller Gesellschafter war, steht auch im Einklang der Umstand, daß der Kläger, obwohl in Ermanglung der Behauptung einer andern Vereinbarung anzunehmen wäre, die stille Gesellschaft sei auf unbestimmte Zeit eingegangen, die Kündigung des Vertragsverhältnisses am 31. März 1889 auf den 30. Juni, somit nicht, wie Art. 261, Schlußsatz des Handels-Gesetz-Buchs erfordert, mindestens 6 Monate vor Ablauf des am 30. Juni endigenden Geschäftsjahres vorgenommen hat.

II. 1. Als commis interessé ist der Kläger nicht berechtigt, abschriftliche Mitteilung der Bilanzen zu verlangen. Der Inhaber der beklagten Firma ist der Prinzipal, der den Geschäftsbetrieb leitet, und dem Commis in dieser Beziehung keinerlei Rechenschaft schuldig ist. Eine Rechnung im eigentlichen Sinne hat er nicht abzulegen. Er hat nur dem Commis, der

ein Recht auf einen Teil desjenigen hat, was sich als Geschäftsgewinn herausstellt, den Betrag desselben zu manifestieren, was ordnungsmäßig durch Vorlegen einer Bilanz geschieht.

Zur Prüfung der Richtigkeit der Resultate derselben bedarf es einer Abschrift der Bilanz nicht. cf. R.O.H.G. Bd. 1 S. 195. Der Ansicht, daß weil der commis interessé wie der stille Gesellschafter einen Anspruch auf Anteil am Gewinn hat, im Zusammenhang hiemit auch jenem die dem stillen Gesellschafter in Art. 253 Abs. 1 des H.G.B. zugeschriebene Berechtigung, abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanzen zu verlangen, zukomme, ist nicht beizupflichten, weil die Stellung des commis interessé von der Stellung des stillen Gesellschafters prinzipiell verschieden ist.

2. Der Anspruch des Klägers auf abschriftliche Mitteilung läßt sich auch nicht durch Berufung auf die Unbilden, denen der Kläger im Jahr 1888 ausgesetzt gewesen sein soll, rechtfertigen. Denn diese Unbilden hat der Kläger dem Inhaber der beklagten Firma verziehen, wie schon daraus hervorgeht, daß der Kläger noch nach dem 30. Juni 1889, auf welchen Tag er das Dienstverhältnis gekündigt hatte, einige Zeit im Geschäfte verblieb; und Gründe für die Annahme liegen nicht vor, daß der Inhaber der beklagten Firma durch feindseliges Verhalten sein eigenes Anerbieten, dem Kläger die Einsicht der Bilanzen auf seinem Comptoir zu gestatten, zu vereiteln sich beigehen lassen werde.

Hienach war die Klage abzuweisen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 4. Juli 1890 in Sachen des Kaufmanns Karl Göbel c. die Firma Euhorst und Barth.

II.

Ueber die Behandlung von Erbschaften, welche Verschollenen anfallen.

Neuerdings haben die in Württemberg bestehenden Vorschriften, betr. die Behandlung der Erbschaften, welche Verschollenen anfallen, insbesondere der Normalerlaß des k. Obertribunals vom 3. Oktober 1861 Angriffe erfahren und es wurde an das k. Justizministerium die Bitte gerichtet, es möchten die Rechtsverhältnisse der Abwesenden und Verschollenen, soweit es innerhalb der Zuständigkeit Württembergs möglich sei, einer Regelung unterworfen werden. Hervorgehoben wurde, wie die Praxis der Teilungsbehörden, jeden nicht nachweisbar des württembergischen Staatsbürgerrechts verlustig gegangenen Verschollenen ohne Rücksicht auf die Bestimmung des § 13 Nr. 3 des Reichsgesetzes über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 als Inländer zu behandeln, zu Rechtsverletzungen führe, sofern hiedurch viele Erbschaften thatsächlich für Ausländer erworben und auf deren Erben anstatt auf die inländischen Miterben des ursprünglichen Erblassers übertragen werden; wie ferner die vorgeschriebene Behandlung des Vermögensanfalls an verschollene Ausländer, wornach zwar der Erbteil des Verschollenen auszumitteln, im übrigen aber die Vertretungsbefugnis des für den Verschollenen bestellten Kurators eine sehr beschränkte sei, in der Praxis zu erheblichen Mißständen führe, indem häufig eine im Interesse der Miterben gelegene Veräußerung von Nachlaßgegenständen nicht oder nur unter Gefährdung der Rechtssicherheit vorgenommen werden könne; und wie überhaupt die in Württemberg im Gegensatz zu andern deutschen Staaten bestehende Notwendigkeit, eine für einen verschollenen Ausländer ausgemittelte Erbschaft bis nach zurück-

gelegtem 70. Lebensjahre desselben, nach Umständen noch länger, öffentlich zu verwalten und den Miterben vorzuenthalten, mehr und mehr als eine Landesbeschwerde empfunden werde, deren Beseitigung noch vor Erlaß des bürgerlichen Gesetzbuchs dringend gewünscht werde.

Es sei nicht abzusehen, warum eine Erbschaft für einen Verschollenen bis zu dessen zurückgelegtem 70. Lebensjahr aufbewahrt werden müsse, während doch das Antretungsrecht einer Erbschaft in 30 Jahren verjähre.

Das k. Justizministerium nahm hieraus Veranlassung, durch Erlaß vom 19. Aug. 1891 die vereinigten Civilsenate des Oberlandesgerichts mit einer gutächtlichen Aeußerung darüber zu beauftragen, ob und inwieweit die behaupteten Mißstände wirklich begründet seien und bejahendenfalls, ob und in welcher Richtung es auf anderem, als dem gesetzgeberischen Wege möglich sein werde, die geeignete Abhilfe zu treffen.

Hiebei gieng das Justizministerium davon aus, daß es im Hinblick auf den dermaligen Stand der Vorarbeiten für ein künftiges deutsches bürgerliches Gesetzbuch nicht zeitgemäß wäre, behufs einer Regelung der erwähnten Rechtsverhältnisse den Weg der Landesgesetzgebung zu betreten.

Die vereinigten Civilsenate haben sich, indem sie hinsichtlich der Begründung ihrer Ansicht auf den Vortrag des Berichterstatters Bezug nahmen, in einem Bericht an das k. Justizministerium vom 10. Februar 1892 dahin ausgesprochen, daß ,ie die Beschwerde, es sei die Vertretungsbefugnis des für den Verschollenen bestellten Kurators eine sehr beschränkte und führe in der Praxis zu erheblichen Mißständen, indem häufig eine im Interesse der Miterben gelegene Veräußerung von Nachlaßgegenständen nicht oder nur unter Gefährdung der Rechtssicherheit vorgenommen werden könne, sowie die Beschwerde darüber, daß unbedingt die Notwendigkeit bestehe, eine für einen Verschollenen ausgemittelte Erbschaft bis nach zurückgelegtem 70. Lebensjahre desselben, nach Umständen noch .änger, öffentlich verwalten und den Miterben vorenthalten zu

müssen, statt dieselbe nach Verjährung des Antretungsrechts ausfolgen zu können, für nicht begründet erachten.

Als richtig sei anzuerkennen, daß der Grundsatz, wonach ein Verschollener erst nach zurückgelegtem 70. Lebensjahr als tot zu betrachten sei, den heutigen Verhältnissen nicht mehr entspreche.

Es sei auch nicht zu bestreiten, daß die Behandlung eines jeden nicht nachweisbar des württembergischen Staatsbürgerrechts verlustig gegangenen Verschollenen als Inländers zu Mißständen führen könne, indem manche Erbschaft thatsächlich für solche erworben werde, von denen es nicht mehr gewiß sei, daß sie Inländer seien.

Allein die Civilsenate seien der Ansicht, daß den beiden letztbezeichneten Mißständen nur im Wege der Gesetzgebung abgeholfen werden könne.

Das k. Justizministerium hat sich vermöge Erlasses vom 31. Mai 1892 mit dieser Aeußerung einverstanden erklärt.

In dem Vortrag des Berichterstatters wurde die beantragte Aeußerung wie folgt begründet:

I. Die ausgehobenen Beschwerden und der Erlaß des Justizministeriums beziehen sich zwar nicht auf die Behandlung des Vermögens Verschollener, welches diese bei dem Beginne der Abwesenheit schon erworben hatten, und welches sie im Lande zurückgelassen haben, und auf die Grundsätze bezüglich der Verteilung dieses Vermögens, doch mögen die hierüber geltenden Grundsätze vorangestellt werden.

Die hierauf bezüglichen Vorschriften sind enthalten in der Justizministerialverfügung vom 20. Dezember 1822; der k. Verordn. vom 21. Mai 1825 § 13; Hauptinstrukt. z. Pfandgesetz § 157; Normal-Erlaß des Obertribunals vom 1. Juni 1826; desgl. vom 19. Febr. 1849. II. Ergänz.-Bd. z. Reg.-Bl. S. 86.

Hienach gilt folgendes: Einem Verschollenen wird zur Verwaltung seines Vermögens ein Abwesenheitspfleger bestellt. Eine allgemeine Lebenspräsumtion, wonach ein Verschollener bis zum zurückgelegten 70. Jahr als lebend angenommen wird,

besteht in Württemberg nicht. Wer Rechte auf die Fortdauer des Lebens eines Verschollenen gründet, hat diese Thatsache zu erweisen. Dies gilt insbesondere von Bezügen, welche von dem Leben des Betreffenden abhängen.

Dagegen wird, wie noch anzuführen ist, eine Lebensvermutung angenommen behufs Erwerbs einer dem Verschollenen angefallenen Erbschaft. Ob dies noch weiter auszudehnen ist auf jeden für den Abwesenden von dem Abwesenheitspfleger zu machenden Erwerb, ist bestritten [1]).

Mit dem zurückgelegten 70. Lebensjahr des Verschollenen wird vermutet, daß derselbe diesen Zeitpunkt nicht überlebt habe. Durch ein nach diesem Zeitpunkt einzuleitendes Verfahren wird bezweckt, die thunlichste Gewißheit herbeizuführen, daß der Verschollene nicht mehr lebe. Wenn derselbe auf einen öffentlichen Aufruf sich nicht meldet, wird er für tot erklärt. Diese Todeserklärung ist deklarativ, nicht konstitutiv.

Als Zeitpunkt des Todes wird das zurückgelegte 70. Lebensjahr angesehen und nach diesem Zeitpunkt richtet sich die Erbfolge in das Vermögen des Verschollenen, welches nun den zu dieser Zeit vorhandenen Erben desselben zufällt [2]).

Die Todeserklärung erfolgt durch die Amtsgerichte und zwar das Gericht des Wohnsitzes, bezw. des letzten Wohnsitzes des Verschollenen [3]).

Mit zurückgelegtem 50. Lebensjahr des Verschollenen können seine präsumtiven Erben die Ausfolge des Vermögens an sie verlangen, wenn seit 10 Jahren nichts von seinem Leben oder Tod bekannt geworden ist, wenn sämtliche vermutliche Erben um die Ausfolge bitten, wenn eine Aenderung der Erbfolge nicht wohl zu erwarten ist und die Erben einfache Sicher-

1) s. Lang, Famil.Recht S. 9.

2) s. Kapf, merkw. Rechtsf. S. 203. Sarwey, Monatschr. B. 2. Beilagenh. S. 14, B. 10. S. 124, B. 13. S. 463. Boscher, Zeitschr. B. 1. S. 262, B. 2. S. 78, B. 3. S. 58, B. 4. S. 289.

3) Lang, Famil.R. S. 7, Note 2a. Boscher, B. 25. S. 138. Seuffert, Arch. Bd. 32. S. 471.

heit für Kapital und die bis zurückgelegtem 70. Lebensjahr auflaufenden Zinsen leisten. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so entscheidet die Civilkammer des Landgerichts nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts. Trotz der Vermögensausfolge ist die Pflegschaft in der Pflegschaftstabelle fortzuführen [1]).

Kehrt der Verschollene nach dem Zeitpunkt seines präsumtiven Todes zurück, so weicht die Vermutung der Wirklichkeit und sein Vermögen ist ihm zu restituieren.

II. Was die Behandlung desjenigen Vermögens betrifft, welches einem Verschollenen nach Beginn seiner Abwesenheit durch das Ableben eines Dritten anfällt, so ist hierüber zu bemerken:

Die frühere Praxis des gemeinen Rechts gieng, wenn einem Verschollenen eine Erbschaft deferiert wurde, allgemein davon aus, daß das Leben des Verschollenen bis zu seinem vollendeten 70. Lebensjahre vermutet werde und daß ein Kurator für ihn die Erbschaft antreten könne [2]).

Wesentlich infolge der Ausführungen von Heise und Cropp in den juristischen Abhandlungen Bd. 2. S. 142 folg. Abh. V. kam die entgegengesetzte Ansicht auf, welche nunmehr als die herrschende anzusehen ist [3]).

Für die Festhaltung der früheren Praxis haben sich entschieden die Appellationsgerichte zu Kassel, Jena, Celle, Berlin [4]).

Gegen die Lebenspräsumtion haben sich ausgesprochen: das Reichsgericht, Entscheid. B. 25. S. 142 und Seuffert Arch. B. 40. S. 142, B. 43. S. 2; ferner Oldenburg, München, Lübeck, für das gemeine Recht Stuttgart, in späteren Entscheidungen auch Berlin, ferner Kiel [5]).

---

1) Boscher II S. 75. 160, III S. 58 und B. 31. S. 310. Lang S. 664.

2) s. Bruns in den Jahrb. des gem. Rechts S. 152. 168. 170.

3) s. Windscheid I S. 127. 128.

4) s. Seuffert, Archiv B. 3. S. 327 u. 390, B. 5. S. 39, B. 9. S. 310, B. 11. S. 394, B. 22. S. 11, B. 32. S. 428.

5) s. Seuffert, Arch. B. 1. S. 164, B. 7. S. 439, B. 9. S. 333.

Im Anschluß an die frühere gemeinrechtliche Praxis galt auch in Württemberg der Satz, daß ein Verschollener bis zum zurückgelegten 70. Lebensjahre als lebend zu behandeln und daß ein Kurator für ihn die ihm deferierte Erbschaft erwerben könne [1]), insbesondere befolgte diesen Grundsatz der Tutelarrat [2]) und hieran wurde auch in der Folgezeit trotz der gegen die Richtigkeit dieser Ansicht gerichteten Angriffe festgehalten.

Schon in dem im Jahr 1821 herausgegebenen Entwurf einer Amtsinstruktion für die Gerichtsnotare machte Bolley im Titel VII § 17 „Konkurrenz von Verschollenen als Miterben" Vorschläge über anderweite Regelung dieser Konkurrenz. In den Motiven S. 52 bezeichnete er die Lebenspräsumtion als eine Prinzipwidrigkeit und er schlug vor, dieselbe abzuschaffen. Entwurf S. 70: „Niemand könne Erbe sein, wenn es nicht gewiß sei, daß er den Tod des Erblassers erlebt habe. Für den Fall, daß der Verschollene noch erschiene, solle die Erbschaftsportion, die ihm zugefallen wäre, berechnet und entweder in Pflegschaft gebracht oder bei hohem Grade der Wahrscheinlichkeit des Todes des Verschollenen den gegenwärtigen Erben des Erblassers gegen Sicherheitsleistung ausgefolgt werden. In jedem Falle erfolge die definitive Verteilung nach 20 Jahren von dem Tode des Erblassers an und es werde nicht dem Verschollenen, sondern dem ursprünglichen Erblasser succedirt".

Infolge dieser Publikation fiengen einzelne Oberamtsgerichte an, die Sache anders zu behandeln; es erfolgten Anfragen bei dem k. Justizministerium und im Jahre 1824 brachte der Abgeordnete Gmelin die Angelegenheit in der Kammer der Abgeordneten zur Sprache. Hievon nahm das Justizministerium Veranlassung in einem Erlaß an den Civil- und Pupillensenat des Obertribunals vom 30. Oktober 1824 denselben eine Reihe von Sätzen mitzuteilen, welche dasselbe

63, B. 12. S. 1, B. 14. S. 250, B. 15, S. 321. 324, B. 31. S. 392, B. 32. S. 426, B. 33. S. 263, B. 35. S. 259, Bd. 44. S. 260.

1) s. Cons. Tub. III. 206, Ziff. 21.

2) s. Prot. d. Tutel.R v 14. Mai 1810 Bl. 153b.

als geltendes Recht betrachtete, indem es dem Civil- und Pupillensenat überließ, falls dieselben sich mit dieser Ansicht vereinigen sollten, die Gerichtshöfe hienach belehrend zu bescheiden, im Anstandsfall aber zu berichten.

Das Obertribunal nahm an einigen Sätzen Anstand. Es anerkannte zwar in einem an das Justizministerium erstatteten Bericht vom 17. August 1826, teilweise abgedruckt bei Bolley, vermischte Aufsätze I S. 106, die gegen die bisherige Praxis zu machenden Einwürfe, und sprach sich in seiner Majorität dahin aus, daß diese Praxis als mit einem entschiedenen rechtlichen Grundsatz streitend im Wege der Gesetzgebung dahin zu ändern sei:

„daß kein Verschollener eine während seiner Abwesenheit ihm angefallene Erbschaft ohne eigene Willenserklärung erwerben könne, gleichwohl aber dieselbe ihm, um sie noch antreten zu können, bis zu den oben bestimmten Terminen des präsumtiven Todes aufzubewahren sei, wo sodann, falls er sich innerhalb dieser Frist nicht mehr erklären sollte, die Erbschaft den Erben nicht des Verschollenen, sondern des Erblassers, welche zur Zeit des Todes des Letzteren seine nächste waren, zugeteilt würde“.

Gleichzeitig aber erging seitens des Obertribunals ein Erlaß an sämtliche Kreisgerichtshöfe, worin nach Anführung der verschiedenen Ansichten bemerkt wird, daß die frühere allgemein zu einem Gewohnheitsrecht gewordene und durch die k. Verordnung vom 28. Febr. 1817 bestätigte Praxis nur durch ein neues Gesetz aufgehoben werden könne und eine ungleiche Behandlung dieser so oft vorkommenden Fälle als ein großer Uebelstand betrachtet werden müsse. Es werde also das Obertribunal selbst an dieser Praxis festhalten und darauf sehen, daß dies auch bei den untergeordneten Gerichten geschehe. Diese allgemeine Praxis gehe aber dahin:

1. daß Verschollene, solange sie das 70. Lebensjahr nicht zurückgelegt haben, für erbfähig angenommen,

2. ihre Kuratoren zum Erbschaftsantritt für sie zugelassen, auch die sie betreffenden Erbteile ihnen mit vollem Recht zu-

geschieden und für sie verwaltet werden, so daß zur Zeit ihres präsumtiven Todes nicht die Erben des Erblassers, sondern die des Verschollenen sich die Erbschaft zueignen dürfen [1]).

Dieser Erlaß bildet seither die Grundlage der Behandlung der einem Verschollenen angefallenen Erbschaft.

Im Jahr 1844 machte Bolley in seinen Entwürfen Bd. 2. S. 121 weitere Vorschläge. Derselbe spricht hier von dem offenbaren Unrecht, welches bei Erbschaften, die einem Verschollenen anfallen, infolge der bisherigen Praxis verübt werde.

Im Jahr 1845 kam die Sache wiederum in der Kammer der Abgeordneten zur Sprache durch einen Antrag des Abgeordneten v. Zeitter, welcher dahin ging, die Regierung um Einleitung eines angemessenen Verfahrens in Betreff der den Verschollenen angefallenen Erbschaften zu bitten [2]).

Derselbe führte aus: Ein großer Teil der Pflegschaften bestehe aus Vermögen Verschollener, da solches nicht selten 50 und mehr Jahre verwaltet werden müsse. Bei dem einem Verschollenen anfallenden Vermögen stehen Theorie und Praxis im Widerspruch. Nach Landrecht III Tit. 21 § 1 werde zum Antritt der Erbschaft Kemntnis des Anfalls verlangt. Ein Abwesender, der den Anfall nicht erfahre, könne also nicht antreten. Es sollten daher die Abwesenden durch öffentliche Blätter von dem Anfall in Kenntnis gesetzt und zum Antritt aufgefordert werden. Ganz anders werde es nach dem Erlaß des Obertribunals vom 17. Aug. 1826 gehalten. Durch diese Behandlung kommen viele Erbschaften an Personen, denen sie nicht gebühren. Heutzutage könne Jeder, dem daran gelegen sei, auch aus den entferntesten Weltgegenden Nachricht von sich geben; er habe also die aus dem Unterlassen ihm zugehenden Nachteile sich selbst zuzuschreiben.

Die Kommission der Kammer der Abgeordneten war mit diesem Antrag einverstanden und stellte den Antrag: „es möchte die Staatsregierung ersucht werden:

1) s. 1. Ergänz.B. z. Reg.Bl. S. 87. 88.

2) s. Verhandl. der Kammer der Abg. von 1845 X. Band, 2. Beilagenh. S. 1100.

über die Zulässigkeit des Erbschaftsantritts für Verschollene durch Pfleger derselben im Wege der Gesetzgebung solche Bestimmungen festzustellen, wodurch diese Rechtshandlung mit dem 21. Titel des 3. Teils des Landrechts in Uebereinstimmung zurückgeführt würde" [1]).

Die Kammer der Abgeordneten beschloß demgemäß [2]).

In der Kammer der Standesherren kam die Motion nicht mehr zur Beratung und es erfolgte nichts weiter [3]).

Unterdessen aber hatten sich in Württemberg bezüglich des einem ausgewanderten Verschollenen angefallenen Vermögens zwei von einander abweichende Behandlungsweisen gebildet:

Der Gerichtshof in Eßlingen hatte am 30. Okt. 1852 entschieden: Die einem Verschollenen angefallene Erbschaft könne durch den Abwesenheitspfleger des Ausgewanderten für diesen nicht angetreten werden und sei demnach für den Verschollenen nicht erworben [4]).

In der gleichen Sache sprach sich der Pupillensenat des Obertribunals am 13. Jan. 1854 dahin aus:

„In Württemberg könne nach einem entschiedenen Gewohnheitsrecht der Kurator eines Verschollenen für diesen eine Erbschaft erwerben. Für Abwesende, deren Aufenthaltsort unbekannt sei, oder welche sogar verschollen seien, habe, wenn es ihr Interesse erfordere, der Richter, unter welchem sich das Vermögen befinde, welches dazu Veranlassung gebe, einen Kurator zu bestellen, welcher die Erbschaft antreten könne" [5]).

In einer späteren Entscheidung vom 7. Sept. 1859 [6]) beharrte der Gerichtshof in Eßlingen auf seiner Ansicht, für welche er auf die Begründung in einem früheren Erlaß vom

1) s. Verh. der Kammer der Abg. XI. Band, 2. Beil h. S. 1779.

2) s. eod. B. 5. 84. Sitzung S. 85 und B. XI. 2. Beil h. S. 2169.

3) s. hiezu auch noch Volley in Sarweys Monatschrift B. 11. S. 327, wo derselbe wieder andere Vorschläge macht, als in seiner Amtsinstruktion.

4) s. Boscher B. 1. S. 195.

5) s. Boscher B. 1. S. 172.

6) Bei Boscher B. 1. S. 283.

28. Febr. 1852 verwies. Hier wird ausgeführt: „Die bestehende Praxis könne bei Ausländern keine Anwendung finden. Ein zum Antritt der Erbschaft berechtigter Kurator könne von den inländischen Behörden für einen Ausländer nicht bestellt werden. Lasse sich der Ausländer nicht auffinden, so bleibe nichts übrig, als durch die zuständige Teilungsbehörde einen öffentlichen Aufruf an ihn zu erlassen und ihn zur Erklärung aufzufordern, widrigenfalls die Erbschaft an die Miterben ausgefolgt würde".

Auch die Teilungsbehörden behandelten die Sache verschieden und sehr viele Notariate erließen öffentliche Aufrufe unter dem bezeichneten Präjudiz [1]).

Auch in der Litteratur standen sich die zwei Ansichten gegenüber:

Für eine Ediktalcitation waren die Abhandlungen bei Bo s ch e r B. 1. S. 17. 19; gegen eine solche Bo s ch e r B. 1. S. 169, B. 2. S. 126, B. 3. S. 279, B. 4. S. 265.

Das k. Justizministerium sah sich daher veranlaßt, den Pupillensenat des Obertribunals durch Erlaß vom 30. Juni 1860 aufzufordern, nach Vernehmung der Pupillensenate der Gerichtshöfe sich über die Frage, ob auch für einen als Ausländer zu betrachtenden Verschollenen ein zum Erbschaftsantritte Namens desselben befugter Abwesenheitspfleger durch die für die Teilung zuständige württemb. Behörde aufgestellt werden könne, gutächtlich zu äußern.

Die Gerichtshöfe waren verschiedener Ansicht.

Derjenige zu Eßlingen sprach sich in Uebereinstimmung mit seinem früheren Entscheidungen aus.

Der vereinigte Civil- und Pupillensenat des Obertribunals hat die zu beantwortende Frage gegen die Ansicht seines Referenten verneint.

Der Referent gieng in Uebereinstimmung mit dem Erlaß vom 13. Jan. 1854 davon aus, daß es statthaft sei, auch für einen Ausländer einen Kurator im Inland zu bestellen, der

1) s. die statistischen Notizen bei Bo s ch e r B. 1. S. 196.

die Erbschaft antreten könne, weil die bisherige Praxis in dieser Richtung zwischen Inländern und Ausländern nicht unterschieden habe. Auch wäre es doch gar zu naiv, dem ausländischen Kurator das Vermögen, auf das inländische Erben noch Anspruch haben, auf Nimmerwiedersehen ausfolgen zu lassen. Es lasse sich aber auch die Aufstellung des Kurators durch die Teilungsbehörde nach l. un. Cod. 5, 32 und dem Notar.Gesetz Art. 32 Nro. 2^b rechtfertigen.

Der Korreferent war der Ansicht, daß der Vormund oder Kurator für einen Ausländer von der Behörde seines Staats aufgestellt werden müsse. So habe sich der Civilsenat des Obertribunals schon in Sachen Kreusser c. Kreusser ausgesprochen. Könne ein solcher Kurator nicht aufgestellt werden, weil eine zuständige Behörde nicht gefunden werden könne, so müsse eine Güterkuratel eingeleitet werden und nach Ablauf des 70. Lebensjahrs des Verschollenen sei das Vermögen den Erben des ursprünglichen Erblassers, den durch den Verschollenen zur Zeit des Anfalls an ihn ausgeschlossenen Erben zuzuteilen. Eine gegenteilige Praxis liege für diesen Fall nicht vor.

Das Justizministerium war mit der Ansicht des Obertribunals im wesentlichen einverstanden und beauftragte dasselbe, hienach die untergeordneten Behörden zu bescheiden. Nachdem noch bezüglich zweier Punkte, von welchen der eine später noch zu erwähnen ist, Uebereinstimmung erzielt war, wurde der Erlaß am 3. Oktober 1861 an die Pupillensenate der Gerichtshöfe ausgeschrieben.

In demselben sind folgende Grundsätze aufgestellt:

1. Eine Ediktalcitation des Verschollenen unter dem Bedrohen, daß die Erbschaft als ausgeschlagen betrachtet werde, sei mit den bestehenden Gesetzen nicht vereinbar.

2. Der Erbschaftsantritt Namens eines Verschollenen könne mit rechtlicher Wirkung nur durch einen von der zuständigen ordentlichen Vormundschaftsbehörde für denselben bestellten Abwesenheitspfleger, nicht durch einen von der Teilungsbehörde zu diesem Zwecke aufgestellten Kurator erklärt werden.

3. Könne die Aufstellung eines Abwesenheitspflegers für

den Verschollenen nicht bewirkt werden, so sei der Erbteil des Verschollenen auszumitteln und insolange unter öffentliche Verwaltung zu stellen, bis der Verschollene das 70. Lebensjahr zurückgelegt habe.

4. Wenn innerhalb dieser Frist der Erbschaftsantritt nicht erfolgt sei, so sei die Erbschaft nicht den Erben des Verschollenen, sondern denjenigen des ursprünglichen Erblassers, welche von dem Verschollenen ausgeschlossen worden, zuzuteilen.

5. Auch in dem Falle, wenn durch einen von der zuständigen ausländischen Behörde aufgestellten Abwesenheitspfleger der Erbschaftsantritt erklärt wird, sei die öffentliche Verwaltung des dem Verschollenen zugeschiedenen Erbteils bis nach zurückgelegtem siebenzigsten Lebensjahr desselben in Württemberg fortzuführen, sofern solches durch das Interesse von diesseitigen Staatsangehörigen, welche denselben voraussichtlich zu beerben haben, geboten erscheine.

Seither wurden diese Erbschaften in Gemäßheit des vorstehenden Erlasses behandelt.

Anzufügen ist noch: Lang hat in seinem Handbuch über das Familienrecht diesen Erlaß dahin aufgefaßt, daß das Vermögen des Verschollenen bis zu seiner Todeserklärung in Verwaltung zu behalten sei [1]).

Allein dies ist unrichtig. Eine Todeserklärung hat in dem Fall einer solchen Güterkuratel nicht stattzufinden und nachdem sich auch die Einsendungen im Gerichtsblatt XX. S. 478 und Boscher B. 25 S. 133 dagegen erklärt hatten, hat Lang jene Stelle berichtigt [2]).

Die Frage sodann, ob im Falle einer solchen Güterkuratel die präsumtiven Erben des Verschollenen nach dessen zurückgelegtem 50. Lebensjahr ebenfalls die Ausfolge des Vermögens an sie verlangen können, fand durch die Entscheidung des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 12. Juli 1887 ihre Beant-

---

1) s. Familienr. S. 663. Note 6.

2) s. Nachtrag zur II. Aufl. S. 36.

wortung dahin, daß dies nicht zulässig sei, weil der Verschollene dieses Vermögen noch nicht erworben habe [1]).

Nunmehr hat sich auch die Reichsgesetzgebung mit der Frage der Regelung der Verhältnisse der Abwesenden und Verschollenen beschäftigt.

In dem ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs ist in § 4 der Satz aufgestellt: daß eine Person noch lebe oder tot sei, habe der zu beweisen, der aus der betreffenden Thatsache ein Recht ableite. Daneben aber ist, wie im bisherigen württemb. Recht, für einen Anfall von Todeswegen eine Lebensvermutung dahin gehend beibehalten, daß der Verschollene bis zum Ablaufe des 70. Lebensjahrs gelebt, später aber nicht mehr gelebt habe, vorausgesetzt, daß eine frühere Todeserklärung nicht stattgefunden hat. Wesentlich anders als im bisherigen württemb. Recht ist die Todeserklärung eines Verschollenen behandelt. Es ist nicht die Lebensdauer des Verschollenen, sondern die Zeit der Verschollenheit zu Grunde gelegt. Ein Deutscher, welcher verschollen ist, kann durch Urteil für tot erklärt werden. Ein Abwesender gilt als verschollen, wenn seit zehn bezw. fünf Jahren keine Nachricht von seinem Leben vorhanden ist. Im Fall der Kriegsverschollenheit genügt der Ablauf von 3 Jahren seit dem Friedensschluß und im Falle der Seeverschollenheit der Ablauf eines Jahrs seit dem nachgewiesenen oder vermuteten Untergang des Fahrzeugs. Die Todeserklärung ist konstitutiv. Dieselbe begründet die Vermutung, daß der Verschollene den Zeitpunkt ihr Erlassung nicht überlebt habe. In Ansehung der Beerbung des Verschollenen gilt die Vermutung, daß er in diesem Zeitpunkt gestorben sei. Nach § 1740 des Entwurfs erhält der abwesende Volljährige, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, zur Besorgung seiner der Fürsorge bedürftigen Vermögensangelegenheiten einen Pfleger, sofern er nicht selbst Fürsorge getroffen hat. Die Zuständigkeit für Aufstellung eines solchen Abwesenheitskurators soll durch das Gesetz über das Verfahren in Sachen der nicht streitigen

1) s. Bofcher B. 33. S. 301; zu vergl. auch die Entscheid. des Landger. zu Ravensburg Bofcher B. 33. S 17.

Gerichtsbarkeit bezw. über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen geregelt werden. Auf die Abwesenheitspflegschaft finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften Anwendung. § 1743 d. Entwurfs.

Der Abwesenheitspfleger kann also auch auf die Ausschlagung einer Erbschaft verzichten, Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Angelegenheiten für den Abwesenden führen und die Todeserklärung des Verschollenen beantragen [1]).

In der von dem Justizministerium einberufenen Kommission hat diese Regelung keine Beanstandung gefunden. Das K. Staatsministerium hat aber den Wunsch ausgesprochen, die Todeserklärung möge nicht bloß für Deutsche zugelassen, sondern auch auf Personen ausgedehnt werden, welche keine Staatsangehörigkeit besitzen, bezw. auf solche, bei denen es zweifelhaft sei, ob sie überhaupt eine Staatsangehörigkeit besitzen, oder ob sie noch Deutsche sind [2]).

In der zweiten Lesung des Entwurfs haben die Beschlüsse der ersten Lesung eine wesentliche Aenderung erfahren. Maßgebend war, daß der erste Entwurf zu kompliziert sei. Erfolge die Todeserklärung erst nach dem 70. Lebensjahre des Verschollenen, so ergebe sich die Annahme dreier verschiedener Todeszeiten. Allgemein gelte als Todeszeit ein unbestimmter, innerhalb der Zeit bis zur Todeserklärung liegender Zeitpunkt. § 4 Abs. 1 d. Entw. In Ansehung der passiven Beerbung gelte als Todestag der Tag des Urteils. § 21 daselbst. In Ansehung eines Anfalls von Todeswegen gelte endlich als Todeszeit der Ablauf des 70. Lebensjahrs. § 4 Abs. 2.

Hienach wurde beschlossen [3]):

1. Der Todeserklärung soll nicht konstitutive, sondern deklarative Wirkung beigelegt werden, d. h. es soll der Eintritt

1) Hiezu s. Zusammenstellung der gutächtl. Aeußerungen z. Entw. I S. 42–52. Nachträge B. 17. S. 35–40. Gutachten des 20. Juristentags B. 1. S. 258. 280.

2) s. § 21 des Reichsgeſ. vom 1. Juni 1870.

3) s. Prot. der 6. Sitzung S. 49.

der Vermutung nach einem vor dem die Todeserklärung aussprechenden Urteil liegenden Zeitpunkt sich bestimmen.

2. Inhaltlich soll die Todeserklärung allgemein, d. h. in allen in Betracht kommenden rechtlichen Beziehungen, nicht nur in Ansehung der aktiven und passiven Beerbung, eine Todesvermutung begründen, mit welcher eine allgemeine Lebensvermutung in der Art verbunden wird, daß der Eintritt des Todes des Verschollenen an dem in dem Urteil angegebenen Tag vermutet wird.

3. Ein Verschollener soll für tot erklärt werden können, wenn seit 10 (bezw. 5) Jahren keine Nachrichten mehr von seinem Leben vorhanden sind. Dieser Zeitraum beginnt mit Schluß des Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten nach noch gelebt hat.

4. Bei der Kriegsverschollenheit sollen 3 Jahre, bei der Seeverschollenheit ein Jahr, bei einem sonstigen mit Lebensgefahr verbundenen Ereignis (Theaterbrand) drei Jahre genügen.

5. Als Todestag soll angenommen werden in gewöhnlichen Fällen der Ablauf der 10jährigen (fünfjährigen) Frist; bei der Kriegsverschollenheit der Friedensschluß, bezw. das Ende des Krieges; bei der Seeverschollenheit der nachgewiesene oder vermutete Untergang des Fahrzeugs; bei sonstigen Fällen nachgewiesener Todesgefahr die Zeit dieses Ereignisses. Der Todestag ist in dem Urteil festzusetzen.

6. Gegen die Todeserklärung und die Festsetzung des Tags des Todes sollen Rechtsmittel zulässig sein.

7. Die Entscheidung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer solle für tot erklärt werden können, bleibt bis zur Beratung des internationalen Privatrechts ausgesetzt.

III. Aus dem bisherigen Verlauf der Sache und den Wünschen nach gesetzlicher Regelung [1]) ergibt sich, daß die bisher in Württemberg zur Anwendung gekommenen Rechtssätze dem Bedürfnis nicht mehr entsprechen. Die Verbindung der

---

1) Boscher B. 1. S. 159, B. 11. S. 1.

Todeserklärung mit dem zurückgelegten 70. Lebensjahr ist eine unangemessene. Der Zeitraum ist in den meisten Fällen viel zu lang; die wenigsten Menschen vollenden das 70. Lebensjahr. Dieser Mißstand tritt insbesondere dann hervor, wenn der Verschollene Kinder mit sich genommen hat, so daß auch bis zu deren vollendetem 70. Lebensjahr gewartet werden muß. Die bisherige Regelung nimmt, was die definitive Verteilung des Vermögens betrifft, keinerlei Rücksicht auf die Dauer der Verschollenheit. Bei den gegenwärtigen Verkehrsmitteln ist es leicht, binnen kurzer Frist Nachrichten in die Heimat gelangen zu lassen und die Fälle, in denen dieses nicht möglich ist, sind viel seltener geworden. Wer seinen Wohnsitz verläßt, an dem er Verwandte gehabt hat, weiß, daß ihm daselbst Vermögen anfallen kann, und es ist seine Sache, für einen solchen Fall Fürsorge zu treffen, einen Bevollmächtigen aufzustellen, oder von Zeit zu Zeit Nachricht von sich zu geben. Es ist nicht gerechtfertigt, für eine Person, die ihre Angelegenheiten in dieser Weise vernachläßigt, die Interessen der Zurückgebliebenen zu verletzen. Die Folgen der angenommenen Grundsätze werden, wenn es sich um die Verteilung des Vermögens des Verschollenen handelt, dadurch gemildert, daß nach dessen zurückgelegtem 50. Lebensjahr dasselbe an seine Präsumtiverben ausgefolgt werden kann. Dies ist aber dann nicht möglich, wenn der Ausgewanderte nicht antreten kann und nach dem Erlaß vom 3. Oktober 1861 eine Güterkuratel eingeleitet wird. Es geht zu weit, zu Gunsten von Ausländern eine so ausgedehnte Fürsorge eintreten zu lassen, daß das ihnen anfallende Vermögen für sie verwaltet wird, bis sie und sogar die mit ihnen ausgewanderten Kinder das 70. Lebensjahr zurückgelegt haben. Wenn ein Abwesender über 10 Jahre abwesend und verschollen ist, können Benachteiligungen dadurch entstehen, daß ein Verschollener noch als Inländer behandelt und ihm eine Erbschaft erworben wird, während er das Staatsbürgerrecht durch 10jährigen Aufenthalt im Ausland verloren hat. Es kann so das Vermögen an Personen kommen, die den ursprünglichen Erblasser gar nichts angehen.

IV. Wenn hienach die Berechtigung der erwähnten Klagen zum Teil anzuerkennen ist, so verhält es sich anders mit der Annahme, daß diesen Mißständen, soweit dieselben wirklich vorhanden sind, ohne Beschreitung des Gesetzgebungswegs abgeholfen werden könne.

Die in Württemberg angenommenen Sätze, daß ein Verschollener hinsichtlich der Fähigkeit, Erbschaften zu erwerben, als lebend anzusehen sei — die Lebenspräsumtion —, daß ein Abwesenheitspfleger für ihn die deferierte Erbschaft antreten kann und daß ein Verschollener erst als mit dem vollendeten 70. Lebensjahr verstorben gilt, sind wirkliches Gewohnheitsrecht und als solches anerkannt. Es liegt keine abweichende Entscheidung vor und auch in der Theorie ist keine entgegenstehende Behauptung aufgestellt [1]).

Wenn dies nun deshalb bestritten werden will, weil in dem Erlaß vom 3. Oktober 1861 selbst auf eine andere Behandlungsweise der Teilungsbehörden hingewiesen werde, so trifft dies nicht zu. Denn diese Behandlungsweise bezieht sich nur auf die Frage, ob an den Verschollenen eine Ediktalcitation unter der Androhung erlassen werden könne, daß nach Verfluß der zum Erbschaftsantritt bestimmten Frist die Erbschaft als ausgeschlagen betrachtet würde; sie läßt aber die Gültigkeit der oben angeführten Sätze ganz unberührt, denn jene Behandlungsweise wurde erst in dem Fall angewendet, wo jene Vorschriften nicht zur Anwendung kommen konnten, weil die Aufstellung eines Abwesenheitskurators nicht zu be-

1) Lang, Famil.R. S. 8. 9. Ziff. 4. Mandry, württ. Arch. B. 16. S. 125. Weishaar II § 870. S. 356. 357. Jeitter I § 376. S. 248. Reyscher III S. 177. § 624. Stein-Hohl § 102. Römer, Erbr. § 244. Wächter, Manuscr. § 450—453. III. Bolley, verm. Auff. I S. 96 ff. Erlaß des Obertrib. vom 13. Jan. 1854 bei Boscher I S. 172. Entscheid. des Obertrib. Jobst c. Leipold vom 8./10. Juli 1862. Württ. Archiv B. 6. S. 141. Seufferts Arch. B. 15. Nr. 200. S. 324. Entscheid. des Gerichtsh. in Eßlingen bei Boscher B. 2. S. 73; ferner: Boscher B. 1. S. 216, B. 4. S. 257, B. 23. S. 301. Tafel II S. 3. Sarwey, Monatschr. B. 9. S. 162, B. 12. S. 301.

wirken war. Gerade die Entscheidungen des Gerichtshofs in Eßlingen gründen sich darauf, es bleibe nichts übrig, als eine Ediktalcitation (übrigens auch mit anderem Präjudiz) zu erlassen, weil im Inland für einen Ausländer ein Abwesenheitskurator nicht aufgestellt werden könne. Uebrigens kann auch durch eine mißbräuchliche Behandlungsweise einiger Teilungsbehörden ein Gewohnheitsrecht nicht erschüttert werden.

Handelt es sich um ein Gewohnheitsrecht, so kann dieses und die sich aus ihm ergebenden Folgesätze nur im Wege der Gesetzgebung beseitigt werden.

Es ist insbesondere, wenn eine Lebensvermutung bis zum zurückgelegten 70. Lebensjahr des Verschollenen anerkannt wird, unabweisliche Konsequenz, daß dieselbe auch auf die mit dem Verschollenen weggezogenen Kinder angewendet wird.

Ebenso gilt das angeführte Gewohnheitsrecht auch für Ausländer — vorbehältlich eines später zu erwähnenden Punkts: der Erlaß des Obertribunals vom 17. Aug. 1826 unterscheidet nicht zwischen In- und Ausländern. In dem Erlaß des Obertribunals vom 13. Jan. 1854 ist ausdrücklich gesagt [1]): „in Pivatrechtsverhältnissen wird, wo nicht eine Ausnahme gesetzlich eintritt, dem Fremden derselbe Schutz seiner Rechte gewährt, wie dem Einheimischen.“ In dem Votum des Referenten über den Erlaß vom 3. Okt. 1861 ist anerkannt, daß kein Unterschied zu machen sei und dieser Erlaß des Obertribunals setzt gerade die Anwendbarkeit dieses Gewohnheitsrechts auf Ausländer voraus, denn es wird bemerkt: „es sei zu ermitteln, welche Behörde des Auslands zu Bestellung eines Abwesenheitspflegers für den Ausländer als zuständig erscheine.“

Der angeführte Satz aber, daß dem Fremden derselbe Schutz seiner Rechte gewährt werde, wie dem Einheimischen, entspricht geltendem Recht. Findet die Lebensvermutung auf den Ausländer Anwendung, so wird ihm die Erbschaft deferiert und er kann sie durch einen Kurator erwerben.

Ebensowenig werden die andern Sätze, auf welchen der

1) s. Boscher B. 1. S. 172.

Erlaß vom 3. Okt. 1861 beruht, anders als im Wege der Gesetzgebung beseitigt werden können.

Bei dem Abwesenheitspfleger, welcher für einen Verschollenen eine Erbschaft antritt, handelt es sich nicht um einen Güterkurator, welcher von der Obrigkeit des Orts, wo das Vermögen liegt, aufgestellt werden kann, sondern der Abwesenheitskurator vertritt den Abwesenden in seinen Vermögensangelegenheiten und es ist geltendes Recht, daß für Jemand, der des vormundschaftlichen Schutzes bedarf, ein Vormund oder Pfleger nur von der ordentlichen Obrigkeit seines Domizils aufgestellt werden kann [1]).

Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß für einen zu Bevormundenden nur der gehörig bestellte Pfleger handeln kann.

Es könnte sich daher nur fragen, ob nicht die Erlassung einer Ediktalcitation an den Verschollenen unter dem Bedrohen, daß die Erbschaft als ausgeschlagen betrachtet werde, oder daß sie den Miterben zugeteilt werde, als statthaft angesehen werden könne.

Der Gerichtshof in Eßlingen hielt eine Ediktalcitation wenigstens mit der Bedrohung, daß der Erbteil den Miterben zugeteilt würde, für statthaft.

Dagegen hat sich das Obertribunal schon in dem Anbringen vom 17. Aug. 1826 zur Frage 11 dahin ausgesprochen: für den Fall, daß man nicht wisse, ob der Verschollene noch lebe und wo er sich aufhalte, werde wohl kein Gesetz aufgefunden werden können, welches die Obrigkeit autorisiere, einen Verschollenen zu seiner Erklärung aufzufordern. Es würde ja eine solche Ediktalcitation mit dem Gesetz, das bis zum präsumtiven Tod Kuratelen anordnet, in vollem Widerspruch stehen.

---

1) s. Lang, Famil.R. S. 165. Note 15, S. 576 § 92, S. 662. Note 1. Nachtrag z. Kommissionsber. der Kamm. der Abgeordn. über die württ. Civilproc.Ord. zu A. 241/47. Kommiss.Ber. S. 494. Böhm, intern. Nachlaßbeh. Nachtrag S. 187. Boscher B. 1. S. 17, B. 2. S. 65, B. 4. S. 257, B. 23. S. 237, B. 25. S. 135, B. 29. S. 130, B. 33. S. 301. Gutachten des Oberlandesger. betr. die Bevormundung im Ausland anges. Staatsangehöriger.

Im Jahr 1861 waren der Referent — dieser insbesondere mit Berufung auf Bruns l. c. S. 118—122. 197. 198 —, sodann der Korreferent darüber einig, daß die Ediktalladungen mit dem Gesetze in Widerspruch stehen und die Zulässigkeit derselben sich gesetzlich nicht begründen lasse, weil der Richter nirgends zu einer solchen Aufforderung mit Androhung eines Rechtsnachteils ermächtigt werde. Der Pupillen- und Civilsenat des Obertribunals und das Justizministerium haben sich dieser Ansicht angeschlossen.

Auch der Referent in Sachen v. Jobst c. Leopold führt in seinem Votum aus: der Ansicht, daß der Verschollene ediktaliter zur Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft aufgefordert werden könne, was Mühlenbruch in Glück, Komm. B. 42 S. 466; Schäffer in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. B. 5 S. 414 und das O.A.Ger. zu Darmstadt, Seuffert, A., B. 3 Nr. 185 annehmen, fehle es an jeder Begründung und sie lasse sich weder nach römischem Recht noch nach deutschem rechtfertigen.

Unter diesen Umständen wird sich die Erlassung einer Ediktalladung unter Androhung eines Präjudizes anders, als durch Gesetz nicht vorschreiben lassen, insbesondere wird „eine Aenderung der bisherigen Vorschriften und die Erteilung einer Vorschrift, wie sie der § 2067 des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs enthält“, von dem K. Justizministerium nicht ausgehen können.

Uebrigens liegt dem in den Anträgen an das Justizministerium geäußerten Wunsche ein Mißverständnis zu Grunde. Der § 2067 bezieht sich auf den Fall, wenn der Erbe, d. h. überhaupt ein Erbe unbekannt ist. Handelt es sich um einen Verschollenen, so ist der Erbe nicht unbekannt, sondern man weiß nur nicht, ob der (bekannte) Erbe lebt und wo er sich aufhält. In diesem Falle gilt, was die Motive zum Erbrecht § 2059 S. 544 letzter Absatz ausführen: „Im übrigen liegt es dem zuständigen Gericht ob, thunlichst bald für die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers Sorge zu tragen. Das Gleiche gilt im wesentlichen, wenn es sich um einen abwesenden

und nicht vertretenen Erben handelt, für welchen nach dem § 1740 ein Pfleger bestellt werden kann.“ Dieser Pfleger hat dann die Erklärung, ob er die Erbschaft ausschlage, § 2028 ff., abzugeben.

V. Ehe auf die einzelnen Beschwerden eingegangen wird, ist noch ein anderer Punkt zu berühren.

Der Erlaß vom 3. Okt. 1861 scheint einer Einschränkung zu bedürfen.

In der Entscheidung des Pupillensenats vom 13. Jan. 1854 [1]) ist ausgesprochen: „die Frage, ob ein Verschollener erbfähig ist, und ob eine ihm angefallene Erbschaft für ihn durch einen Kurator angetreten werden kann, richtet sich nach den Gesetzen des Staats, in welchem die Erbschaft angefallen ist.“

Von dieser Ansicht scheint auch das Obertribunal bei dem Erlasse vom 3. Oktober 1861 ausgegangen zu sein.

Nun wird aber in der Entscheidung des Civilsenats des Obertribunals vom 8.—10. Juli 1862 in Sachen v. Jobst c. Leopold'sche Erben [2]) ausgeführt:

„Sofern das Dasein gewisser Zustände und Eigenschaften der Person, wodurch deren Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, d. i. die rechtliche Möglichkeit, Rechte zu haben, zu erwerben und aufzugeben, bedingt wird, von einer Bestimmung des Gesetzes abhängt, entscheidet nach der in der Theorie und Praxis herrschenden gemeinen Meinung über das Vorhandensein jener Zustände und Eigenschaften das örtliche Recht, welchem die Person selbst durch ihren Wohnsitz angehört. Dieser Satz findet seine Anwendung auf die vorliegende Frage. Denn die Erbfähigkeit eines Verschollenen und damit die Berechtigung des Kurators desselben, eine während seiner Abwesenheit eröffnete Erbschaft für ihn anzutreten, hängt vor allem davon ab, ob und inwieweit ein Verschollener, über dessen Leben oder Tod keine Kunde vorliegt, als lebend zu betrachten ist, da die erste Bedingung der Rechtsfähigkeit einer Person das Leben

1) Boscher B. 1. S. 172.

2) s. Seuffert, A. B. 15. S. 322. Sarwey, A. B. 6. S. 141. Ebenso das O.A.G. zu Wolfenbüttel; Seuffert, A. 1. S. 92.

derselben bildet und daher eine Erbschaft nur demjenigen anfallen und nur für denjenigen angetreten werden kann, welcher zur Zeit des Anfalls sich noch am Leben befindet 2c. Bei der Verschollenheit ist die Frage, ob der Ungewißheit über das Leben unerachtet der Verschollene zu einer während seiner Verschollenheit eröffneten Erbschaft zuzulassen sei, und dies beruht darauf, ob eine gesetzliche Präsumtion für das Leben eines Verschollenen bis zum 70. Lebensjahre von seiner Geburt besteht. Hienach hängt die Annahme des Daseins einer Voraussetzung der Erbfähigkeit eines Verschollenen von dem Bestehen einer diesfälligen gesetzlichen Bestimmung ab und ob eine solche Gesetzesbestimmung besteht, kann nach der vorangestellten Regel nur nach dem örtlichen Rechte des Wohnorts beurteilt werden."

Die Konsequenz dieser Entscheidung scheint in der Praxis bisher nicht gezogen worden zu sein, denn nirgends ist davon die Rede. Die praktischen Folgen sind aber sehr erheblich.

Nach den Motiven des Referenten zum Entwurf eines internationalen Privatrechts S. 46 wird der Praxis der nordamerikanischen Gerichtshöfe zufolge bei Streitigkeiten über Rechte, welche vom Leben oder Tod des Verschollenen abhängig sind, vermutet, daß ein sieben Jahre lang nachrichtslos Abwesender am letzten Tage dieses Zeitraums gestorben sei. Die Vermutung greift nur für den einzelnen Rechtsstreit Platz; eine Todeserklärung kann nicht erwirkt werden.

Ist demgemäß ein Angehöriger eines nordamerikanischen Staates, welcher bei einer in Württemberg eröffneten Erbschaft beteiligt ist, von seinem Domizil über 7 Jahre nachrichtslos abwesend, und es kann dies bewiesen werden, so ist er als verstorben bei der Erbschaftsauseinandersetzung nicht mehr zu berücksichtigen.

Besteht in einem auswärtigen Staat [1]) die Lebensvermutung nicht, so kann der verschollene Ausländer die ihm deferierte Erbschaft nicht erwerben, selbst wenn für ihn (für sein

1) Nach französ. Recht gibt es keine Lebensvermutung. Entsch. d. Reichsger. B. 26. S. 365. Boscher 1. S. 212. Zachariä, franz. Civilr. I S. 411 § 158.

zurückgelassenes Vermögen) ein Abwesenheitskurator aufgestellt wäre oder auf Requisition aufgestellt worden wäre. Auch in diesem Falle würde die Erbschaft den inländischen Erben des ursprünglichen Erblassers erhalten.

Der Erlaß vom 3. Oktober 1861 wäre daher dahin zu ergänzen, es sei zu ermitteln, nicht nur ob der Verschollene als Württemberger oder als Ausländer anzusehen und ob und welche Behörde des Auslands zu Bestellung eines Abwesenheitspflegers als zuständig erscheine, sondern auch, ob der Verschollene nach den Gesetzen seines Staats erbfähig sei.

Allein das Reichsgericht hat sich in Bd. 25 S. 142 der Entscheidungen für die gegenteilige Ansicht ausgesprochen:

„Für die Frage, ob einem Verschollenen eine Erbschaft deferiert werden kann, normiert vielmehr das Recht, welches in dem letzten Wohnorte des Erblassers zur Zeit des Todes desselben galt."

Die Ansicht des vormaligen Obertribunals dürfte als die richtigere erscheinen. Es ist anerkannt, daß die Frage der Todeserklärung sich nach dem Rechte des Domizils, bezw. der Staatsangehörigkeit richtet, daß der Richter des letzten Wohnsitzes ꝛc. zur Todeserklärung zuständig ist und daß dieser Ausspruch überall anzuerkennen ist. Es ist aber nicht abzusehen, warum es hinsichtlich der Lebensvermutung anders als bei der Todesvermutung gehalten werden soll. Es wäre doch auch sonderbar, einen Nordamerikaner, der in Nordamerika als tot gilt, bei uns erben zu lassen, mit der Wirkung, daß sein Vermögen in Nordamerika gleich wieder verteilt wird[1]).

Ob das Oberlandesgericht sich für die Ansicht des Reichsgerichts oder diejenige des Obertribunals aussprechen will, kann jetzt nicht entschieden werden. Es wird daher nichts übrig bleiben, als, da die Entscheidung des Obertribunals vom 8.

1) Siehe über diese Frage noch Motive des Referenten zum Entwurf betr. die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen S. 146. Böhm, räuml. Herrschaft d. Rechtsl. S. 185. v. Bar, internat. Priv.R. I S. 373. 376. II S. 314. Böhm, internat. Nachlaßb. S. 27. 222. Zeitschr. für intern. Recht von Böhm I S. 55.

bis 10. Juli 1862 veröffentlicht ist, den Parteien zu überlassen, im einzelnen Fall ihr Recht zu wahren und eine Entscheidung des Oberlandesgerichts zu provozieren.

VI. Es wird als Beschwerde bezeichnet, daß der für den verschollenen Ausländer aufgestellte Güterkurator eine so beschränkte Befugnis habe, daß er nicht einmal veräußern dürfe. Die Behörde suche sich so gut als möglich zu helfen, übernehme aber ein Risiko. Es wird hiezu sogar auf Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes Bezug genommen.

Diese Beschwerde ist unbegründet. Was zunächst

a. den Fall betrifft, daß für einen Inländer ein Pfleger aufgestellt wird, welcher die dem verschollenen Inländer angefallene Erbschaft antritt und für ihn erwirbt, so liegt hier eine Abwesenheitspflegschaft vor [1]).

Hier schränkt Lang die Befugnisse des Abwesenheitspflegers allerdings sehr ein. Allein mit Unrecht. Lang führt in dem Nachtrag S. 37 selbst eine im Gerichtsblatt B. 7 S. 222 veröffentlichte Entscheidung des Obertribunals vom 29. Mai 1873 in Sachen Kurz ca. Ilg an, worin es heißt:

„Nach einer alten zum Gewohnheitsrecht gewordenen Praxis könne der Abwesenheitskurator eine Erbschaft für den Verschollenen antreten. Ein Abwesenheitspfleger, welcher zu dieser Handlung berechtigt sei, sei von selbst auch berechtigt, auch die zu ihrer Durchführung erforderlichen rechtlichen Mittel anzuwenden, also die Erbschaftsklage anzustellen, die Bestandteile der Erbschaft in seine Hand zu bringen, Forderungen beizutreiben und alles vorzukehren, was zur gesetzmäßigen Verwaltung des betreffenden Erbschaftvermögens gehöre."

Es ist nicht gerechtfertigt, wenn geltend gemacht wird, dieses Urteil spreche keinen allgemeinen Grundsatz aus, es erkläre sich vielmehr aus den Verhältnissen des damaligen Falles. Hievon findet sich in diesem Urteil, welches über eine Richtig-

1) Ueber die Abwesenheitspflegschaft siehe Motive z. württ. Civilproceß S. 72. Nachtrag dazu im Commiss.B. der Kammer d. Abgeordn. S. 492. 498. Berner-Schäfer S. 229. Boscher B. 8 S. 297. Seuffert, A. B. 4. Nr. 132, B. 42. S. 389. Lang, Famil.R. S. 662. 663.

keitsklage ergangen ist, keine Andeutung; im Gegenteile wird in demselben weiter gesagt:

„Diese von dem Zwecke des bloßen Schutzes eines Vermögens vor Gefahr wesentlich verschiedene Stellung des Abwesenheitspflegers bei Erbschaften ist auch bei Erlassung der Civilprozeßordnung nicht geändert worden. Hat hienach der vorige Richter einen unrichtigen Rechtssatz angewendet u. s. w.“

Folgerichtig ist der Abwesenheitspfleger auch befugt, den Abwesenden ebenso gegen eine Erbteilungsklage zu vertreten [1]).

Dies gilt aber jedenfalls nach jetzigem Recht, nachdem es die Civilprozeßordnung durch Zulassung der öffentlichen Zustellung ermöglicht hat, jede Klage gegen den Abwesenden durchzuführen. Jeder Miterbe hat das Recht auf Teilung der Erbschaft. Er kann die Erbteilungsklage gegen den Abwesenden erheben, sie durch öffentlichen Aufruf zustellen lassen und er gelangt so auf Kosten des Abwesenden zu einem Urteil, welches die Teilung verfügt.

Widersinnig aber wäre es, den Abwesenheitspfleger nötigen zu wollen, ruhig zuzusehen, wie dieser Prozeß durchgeführt wird. Er muß vielmehr, wenn er die Klage für begründet hält, um die Kosten zu vermeiden, derselben stattgeben und auch ohne Klage seine Zustimmung zur Teilung, also auch zur Veräußerung der Nachlaßgegenstände geben können, wobei auch Art. 19 u. 20 des Notar.Gesetzes zu beachten sein wird.

b. Was aber den Fall betrifft, wenn die Erbschaft nicht angetreten werden kann und deshalb eine Güterkuratel einzuleiten ist, so handelt es sich hier nicht um eine Abwesenheits- sondern um eine Nachlaßpflegschaft; denn die Erbschaft ist noch für Niemand erworben. Durch den Nachlaßpfleger wird die hereditas jacens, bezw. derjenige, welcher Erbe werden wird, vertreten [2]).

1) s. d. Nachtrag zum cit. Commissions-Ber. S. 493.

2) s. Gerichtsbl B. 10. S. 125. 126 unten. Bolley, verm. Auff. I S. 94 unten. Seuffert, A. B. 11. Nr. 257. S. 394. Boscher B 17. S. 237, B. 18. S. 237.

Der Curator hered. jac. ist durch die Teilungsbehörde aufzustellen [1]).

Schon nach gemeinem Recht kann der Nachlaßkurator eine Veräußerung vornehmen, si qua pecunia sub poena debetur; si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat; ne pignora distrahantur. l. 7 Dig. 28, 8. l. 1 § 2 Dig. 42, 7.

Hieraus ist der Satz abzuleiten, daß der Nachlaßkurator veräußern kann, wenn eine thatsächliche oder rechtliche Notwendigkeit vorliegt. Letzteres ist aber der Fall der Teilungsklage des Miterben gegenüber, denn soviel wird zweifellos sein, daß der letztere nicht solange in der Gemeinschaft zu verbleiben gezwungen werden kann, bis der Erbteil, der dem Verschollenen deferiert ist, angetreten ist. Es ergibt sich auch aus § 693. 694. 220 Civ.Pr.Ord., daß der Nachlaßkurator den Nachlaß gegen eine Zwangsvollstreckung und im Prozeß vertreten kann, und das Reichsgericht spricht sich in B. 4. S. 437 dahin aus: „abgesehen davon, daß in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis der dem praktischen Bedürfnis entsprechende Satz mehr und mehr Anerkennung gefunden hat, daß der obrigkeitlich aufgestellte Kurator einer ruhenden Erbschaft bei Klagen gegen letztere passiv legitimiert ist, hat jedenfalls der gleiche Satz in dem § 220 Civ.Pr.Ord., welcher den Nachlaßkurator dem gesetzlichen Vertreter einer lebenden Partei prozessualisch gleichstellt, eine unzweifelhafte gesetzliche Sanktion gefunden [2]).

Davon giengen auch das Obertribunal und das Justizministerium in dem Erlaß vom 3. Okt. 1861 aus, wenn hier bestimmt ist, dem Verschollenen sei sein Anteil „auszumitteln". Was aber den Art. 1 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 betrifft, so unterzeichnet eben der Abwesenheits- oder Nachlaßkurator als gesetzlicher Vertreter des Abwesenden oder des

1) Boscher l. c.

2) Siehe hiezu noch Seuffert, A. B. 1. Nr. 114, B. 16, 229, B. 18. 149, B. 22. 154, B 23. 40. 233, B. 25. 139, B. 27. 39. B. 30. 40, B. 35. 138, B. 37. 233, B. 44. 115, B. 23. S. 73. Nr. 40.

Nachlasses, der hered. jacens. Diese Beschwerde erscheint hienach ungegründet.

VII. Es wird sodann die Frage aufgeworfen, warum bis zum 70. Lebensjahre gewartet werden müsse, da doch das Recht zum Erbschaftsantritt mit 30 Jahren verjähre?

Schon das Justizministerium hatte seinerzeit vorgeschlagen, in dem an die Gerichtshöfe auszuschreibenden Erlasse zu sagen:

„der Erbteil des Verschollenen sei auszumitteln und solange unter öffentliche Verwaltung zu stellen „bis entweder das Recht zum Erbschaftsantritt verjährt sei", oder der Verschollene das 70. Lebensjahr zurückgelegt habe" [1]).

Allein die beiden Referenten des Obertribunals erklärten sich gegen diesen Beisatz. Diese Verjährung des Antretungsrechts sei nichts anderes als die Verjährung der Erbschaftsklage. Die Erbschaftsklage gehe nur gegen den pro herede oder pro possessore besitzenden Erbschaftsprätendenten. Solange die Erbschaft in den Händen eines Kurators sei, sei die actio nicht nata und könne nicht verjähren.

Dies dürfte nach doppelter Richtung nicht zutreffen.

Einmal ist die im Landrecht IV tit. 22 § 8. 18 eingeführte Verjährung des Antretungsrechts etwas anderes, als die Verjährung der Erbschaftsklage. Bei der Verjährung des Antretungsrechts ist die Erbschaft noch nicht angetreten. Die Erbschaftsklage setzt den Antritt der Erbschaft voraus. Im Gegensatz zu dieser Klage wird die Antretung der Erbschaft durch einfache Erklärung ausgeübt. Das Antretungsrecht verjährt binnen 30 Jahren von dem Anfall an. Bei der heredit. pet. wird gelehrt, sie verjähre in 30 Jahren von der Kenntnis des Anfalls an, s. Seuffert, A. B. 47 S. 59. Bei der 30jährigen Verjährung des Antretungsrechts findet Restitution statt. S. Landrecht l. cit. Bei der 30jährigen Klagverjährung wird nicht restituiert [2]).

Auch in der Litteratur wird zwischen Beidem unterschie-

---

1) s. den Erlaß vom 15./16. Mai 1861.

2) s. Wächter, Privatr. II S. 121. Note 10, S. 839. Ziff. 4.

den: Römer, Erbr. S. 57. 58 und Wächter II S. 121 Note 10 S. 839 Ziff. 4. 843 Note 11. 11ᵃ bemerken:

„unser Landrecht hat aus Mißverständnis des gemeinen Rechts eine Verjährung des Rechts zur Antretung selbst, — welche das gemeine Recht nicht kennt, — durch Nichtantretung der Erbschaft binnen 30 Jahren vom Momente der Delation an statuiert."

Der ganz praktischen Bestimmung des Landrechts wäre auch sonst in den meisten Fällen die Wirkung entzogen.

Sodann dürfte nicht richtig sein, daß die Erbschaftsklage nicht erhoben werden könne, wenn die Erbschaft in Händen eines Kurators sei.

Es findet sich schon in der Sammlung der Entscheidungen von Harpprecht[1]), B. V S. 111 der Satz: Im Fall einer Sequestration des Nachlasses, welchen der Sequester nur Namens der streitenden Teile detiniert, geht der gemeinschaftliche Civilbesitz des Nachlasses auf die Parteien über und kann jeder derselben als Mitbesitzer des Nachlasses die Rolle des Beklagten gegen die von dem andern Erbprätendenten erhobene Klage übernehmen, wogegen die Rolle des Klägers der zu übernehmen hat, dem zunächst an der Ausfolge des Nachlasses gelegen hat. So spricht sich auch Seuffert, Pand. III S. 253 Note 6 aus[2]).

In der Entscheidung vom 30. Jan. 1849 bei Seuffert B. 3 S. 207. 208 hat das Obertribunal selbst ausgeführt: „der Güterpfleger ist gar nicht befugt, die Rolle des Beklagten zu übernehmen; vielmehr hat der Kläger seinen Erbschaftsanspruch nur gegen die von ihm gewählten Beklagten zu richten indem sie es sind, welche jenen Anspruch bestreiten. Bei diesem Streit mehrerer Erbprätendenten ist der Vermögensverwalter gar nicht beteiligt."

---

1) welche nicht veröffentlicht ist.

2) s. hiezu ferner Seuffert, A. B. 1. S. 272. Nr. 265, B. 1. S. 287. Nr. 280, B. 13. S. 131. Nr. 104, B. 27. S. 57, B. 32. S. 430, B. 37. S. 332. Nr. 233, B. 44. S. 133. Nr. 115. Entsch. d. Reichsger. B. 11. S. 236.

Daß die Thatsache der Aufstellung eines Kurators für die Erbschaft kein Hindernis ist für die Anstellung der Erbschaftsklage ergibt sich aus der Tutelarratsordnung von 1781 A. 6 [1]), denn hier ist gesagt, wenn zwischen Erbprätendenten Streit entstehe, solle die Teilung nicht aufgeschoben, das erbschaftliche Vermögen in Administration gegeben und es sollen die streitenden Teile auf den Weg Rechtens verwiesen werden.

Ein Landgericht ist nun zwar der Ansicht, in einem solchen Falle müsse die Kuratel bis zum 70. Lebensjahre fortdauern, weil sich der nicht antretende Erbe gegen die Verjährung des Erbschaftsantritts restituieren lassen könne.

Allein diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Die staatliche Fürsorge kann nicht soweit gehen, daß für einen solchen höchst problematischen Fall die Kuratel fortgeführt werden müßte. Sonst müßte dies geschehen auch über das 70. Lebensjahr hinaus, denn der Verschollene kann auch dann immer noch zurückkehren. Die Restitution setzt einen Antrag voraus. Die sie begründenden Thatsachen müssen bewiesen werden. Insbesondere folgt aus Landrecht IV. 22 § 19, daß sie keineswegs in allen Fällen gewährt werden muß, wo die allgemeinen Voraussetzungen vorhanden sind; es steht dies zum billigen Ermessen des Richters. Sie soll nicht erteilt werden, wenn diejenigen, denen die unangetretene Erbschaft nun zugefallen, dem Verstorbenen, von dem sie herrührt, näher verwandt sind, als diejenigen, denen sie transmittiert wurde und die restituiert sein wollen, und ebenso soll nicht restituiert werden

„auch anderer Ursachen willen der Billigkeit und des Verlassers solcher Erbschaft vermutetem Willen und Meinung nach“.

Aus dem Landrecht IV. 22 § 19 selbst ergiebt sich aber, daß kein Grund vorliegt, die Kuratel fortdauern zu lassen, denn dasselbe sagt:

„es solle die Restitution und der gesuchte Zutritt zu den nicht angetretenen und schon von andern erblich angenommenen Erbschaften nicht in allen Fällen gestattet werden“ und

1) Reyscher, Gerichtsg. III S. 640.

„denn da der Richter befünde, daß diejenigen, denen die unangetretene Erbschaft zugefallen und von ihnen angenommen worden u. s. w." und „die anderen Erben, so die angefallene Erbschaft angetreten und einbekommen 2c."

Hieraus folgt, daß mit der Verjährung des Antretungsrechts die Delation erlischt und an die anderen Erben weitergeht und daß die Möglichkeit der Restitution kein Hindernis ist, daß die anderen Erben diese Erbschaft einbekommen.

So hat denn auch der 1. Senat des Oberlandesgerichts in der Beschwerdesache des Aug. Weber von Reutlingen am 12. Juli 1887 dahin entschieden:

„da es sich um den Erbteil eines verschollenen Ausländers handelt, muß der Miterbe, dem die Erbschaft vermöge Anwachsungsrechts zufallen würde, zuwarten, bis der Verschollene mit dem zurückgelegten 70. Lebensjahr als gestorben gilt, oder bis das Recht, die Erbschaft anzutreten, verjährt ist, was in 30 Jahren von der Zeit des Anfalls der Erbschaft an gerechnet der Fall ist [1]).

Diese Entscheidung ist in Boscher B. 33. S. 301 veröffentlicht.

Der nach dieser Richtung vorgetragenen Beschwerde ist daher schon abgeholfen.

VIII. Es wird behauptet: sei der Vermißte nicht ausgewandert, so könne der Abwesenheitspfleger für ihn die Erbschaft gültig erwerben. Dies stehe im Widerspruch mit dem Reichsgesetze über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 [2]).

Es stehen sich hier Entscheidungen des Landgerichts in Ellwangen [3]) und des Landgerichts in Rottweil [4]) entgegen.

1) Landr. IV tit. 22. § 18.

2) Reg.Bl. von 1871 S. 26 der Beilagen z. Reichsverf. § 13. 21. Abs. 3; siehe auch den Vertrag mit Nordam. vom 22. Febr. 1868. Reg.Bl. von 1872. S. 172. Hierüber ist zu vergleichen: Boscher B. 2. S. 65, B. 4. S. 99, B. 23. S. 301, B. 24, S. 322/3, B. 25. S. 132. 138, B. 26. S. 173, B. 29. S. 130. Gerichtsblatt XX S. 478. Lang, Personenr. 2. Aufl. S. 663 Note 6.

3) Boscher B. 26. S. 173. 4) Boscher B. 29. S. 130.

Eine Entscheidung des Obertribunals bezw. des Oberlandesgerichts ist noch nicht ergangen.

Es wird nicht zu bezweifeln sein:

1. Daß die Teilungsbehörde oder das Beschwerdegericht selbständig über die Frage der Staatsangehörigkeit (selbstverständlich nur mit Wirkung für den vorliegenden Fall) entscheiden kann, denn in den meisten Fällen haben die Verwaltungsbehörden zu einer Entscheidung überhaupt keine Veranlassung.

2. Der Verlust der Staatsangehörigkeit muß bewiesen werden.

3. Ob dieser Beweis geliefert ist, ist Thatfrage. Die Thatsache, daß der Verschollene ins Ausland gereist ist, wird allein noch nicht hiezu hinreichen.

4. Eine Vermutung für den Verlust der Staatsangehörigkeit besteht nicht und könnte nur durch Gesetz eingeführt werden.

Es mag sein, daß Unzuträglichkeiten entstehen dadurch, daß eine Person, die höchst wahrscheinlich die württemb. Staatsangehörigkeit verloren hat, noch als Inländer behandelt wird, und daß hier eine Lücke besteht. Allein nicht ersichtlich ist, wie es dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 widersprechen soll, wenn ein Württemberger, von dem eben nicht bewiesen werden kann, daß er seine Staatsangehörigkeit durch 10jährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Auslande verloren hat, als Inländer behandelt wird. In den meisten Fällen wird die Sache so liegen, daß der Beweis des Verlusts als geliefert angesehen werden kann. Wenn aber weiter nichts vorliegt, als daß der Abwesende ins Ausland gereist und nun seit 10 Jahren verschollen ist, wird dies allein noch nicht zur Führung des Beweises genügen.

Um dem hier vorliegenden Bedürfnis nach einer Aenderung zu entsprechen, wurde, wie oben erwähnt, zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs beantragt, die Todeserklärung im Inland nicht bloß für Deutsche zuzulassen. In solchen Fällen ist es auch Sache der Zurückgebliebenen, durch letztwillige Verfügungen vorzusorgen.

III.

Zu der Verfügung des k. Justizministeriums vom 11. Mai 1892, betreffend die sogenannte Ersatzzustellung (§ 166 flg. der Civilprozeßordnung) und die vereinfachte Zustellungsweise in den Fällen des § 39 der Strafprozeßordnung u. s. w. (Amtsblatt von 1892 Seite 21).

Die gedachte Verfügung verfolgt den Zweck, denjenigen Unzuträglichkeiten vorzubeugen, welche bei der sogenannten Ersatzzustellung durch die Uebergabe des unverschlossenen Schriftstücks in gewissen Fällen für diejenige Person, an welche die Zustellung erfolgen soll oder auch für dritte Personen entstehen können.

Da sich das Justizministerium bei Erlassung dieser Verfügung denjenigen Rechtsanschauungen angeschlossen hat, welche in dem von dem Oberlandesgerichte einverlangten Berichte auf Grund des diesem erstatteten Vortrags niedergelegt sind, dürfte es zweckmäßig sein, den Inhalt dieses Vortrags in folgendem zu veröffentlichen:

I. Nach § 156 der Civilprozeßordnung besteht die Zustellung in der Uebergabe entweder einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zu übergebenden Schriftstücks und nach §§ 173 und 174 hat der Zustellungsbeamte die nach Vorschrift des letzteren § abzufassende Zustellungsurkunde auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen (§ 30 der Dienstanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 23. Sept. 1879).

Hieraus ergiebt sich, daß es bei der Zustellung durch den Zustellungsbeamten unvermeidlich ist, daß dieser den Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks erfährt und daß Unzuträglichkeiten, welche sich aus dieser Kenntnis des Zustellungsbeamten ergeben können, nicht zu vermeiden sind. Es kann sich deshalb nur fragen, ob bei der Ersatzzustellung die verschlossene Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks an die Ersatzperson nach dem Gesetze zulässig ist.

Nach § 37 der Strafprozeßordnung finden auf das Verfahren bei der Zustellung die Vorschriften der Civilprozeßordnung entsprechende Anwendung und nach § 39 können für das die öffentliche Klage vorbereitende Verfahren, für die Voruntersuchung und für das Verfahren bei der Strafvollstreckung durch Anordnung der Landesjustizverwaltung einfachere Formen für den Nachweis der Zustellung zugelassen werden. Demgemäß bestimmt die Justizministerialverfügung vom 9. Sept. 1879 (Regierungsblatt S. 351), daß Zustellungen, welche in den genannten Abschnitten des Verfahrens, sowie in dem amtsgerichtlichen Verfahren in Forstrügesachen von Amtswegen zu bewirken sind, in der Regel, wofern sie am Sitze der die Zustellung anordnenden Behörde stattzufinden haben, durch die Unterbediensteten derselben, an andern Gerichtssitzen durch die Unterbediensteten der beauftragten oder ersuchten gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Behörde, an Orten, welche nicht Gerichtssitze sind, unter Vermittlung des Ortsvorstehers durch den Amtsdiener erfolgen. Zum Nachweis der Zustellung genügt die einfache Bescheinigung der Person, welcher zuzustellen ist. Wird die Annahme des zuzustellenden Schriftstücks verweigert, so ist dieses am Orte der Zustellung zurückzulassen und es hat dies der Bedienstete zu beurkunden. Darüber, ob bei der vereinfachten Zustellung die verschlossene Uebergabe des Schriftstücks nach dieser Verfügung zulässig ist, s. weiter unten.

II. Bei dem Oberlandesgericht sind Beschwerden oder Klagen wegen offener Uebergabe der Schriftstücke bei der Ersatzzustellung nicht bekannt geworden; doch ist in Uebereinstimmung mit den eingezogenen Berichten der Landgerichte und Staatsanwaltschaften anzuerkennen, daß die Ersatzzustellung für die Personen, welchen zuzustellen ist, unter Umständen Unzuträglichkeiten und Nachteile, welche keine notwendige Konsequenz des gerichtlichen Verfahrens sind, zur Folge haben können, z. B. wenn eine Ladung zur Vernehmung als Zeuge einem erwachsenen Kinde des Adressaten zugestellt wird, wobei es sich nach dem anzufügenden Beweissatz um Fragen handelt, deren

Beantwortung dem Zeugen zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen kann.

Die Civilprozeßordnung kennt die verschlossene Uebergabe der zuzustellenden Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift an den Requisiten bei der unmittelbaren Zustellung durch den Zustellungsbeamten, beziehungsweise den Gerichtsvollzieher nicht; sie geht vielmehr davon aus, daß das Schriftstück mit der darauf befindlichen oder auf einen angehefteten Bogen gesetzten Abschrift der Zustellungsurkunde offen übergeben wird. Aus dieser Verbindung des Schriftstücks mit der Zustellungsurkunde folgt mit Notwendigkeit die offene Uebergabe; denn der Empfänger muß kontrollieren können, was ihm übergeben wird und ob der Inhalt der Zustellungsurkunde den thatsächlichen Verhältnissen entspricht. Diese gesetzliche Bestimmung bildet eine Kontrolle des Gerichtsvollziehers, dessen fides publica sonst gewichtigen Bedenken unterliegen könnte.

Hievon macht die Ersatzzustellung keine Ausnahme; denn die Ersatzperson hat nicht die Eigenschaft eines Boten oder Vertreters des Zustellungsbeamten. Die Ersatzzustellung erfolgt vielmehr in vicem adressati mit derselben Wirkung, als wäre dem Adressaten selbst zugestellt worden (Motive, Aktenstücke des Reichstags. Justizgesetzgebung N. III; II. Legislationsperiode, 2. Session S. 452). Es muß deshalb die Ersatzperson in derselben Lage sein, den Zustellungsakt zu kontrollieren, wie der Empfänger selbst.

Es sagt nun zwar G a u p p, II. Auflage S. 329 zu § 156 der Civilprozeßordnung unter N. III, es sei zwar bei direkter Zustellung durch den Gerichtsvollzieher die verschlossene Uebergabe der Schriftstücke nicht vorgeschrieben, sie könne aber reglementär angeordnet werden; und W i l m o w s k i und L e v i, 4. Auflage, S. 227. Anm. 2: bei direkter Zustellung sei der Verschluß der Schriftstücke nicht vorgeschrieben, jedoch wohl angemessen, zumal bei der Ersatzzustellung. Allein sie sagen nicht, wie in dieser Weise die Zustellung ausgeführt werden könne und führen auch keinen Bundesstaat an, in welchem eine diesbezügliche Anordnung getroffen worden wäre. Auch der

Einsender konnte in den Gerichtsvollzieher-Ordnungen und Dienstanweisungen der verschiedenen Bundesstaaten eine solche Anordnung nicht finden. Auch die Vorschriften über die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der bei dem Reichsgerichte mit den Zustellungen zu beauftragenden Beamten vom 11. Mai 1883 enthalten hievon nichts [1]).

Die in dem Bericht eines Landgerichts angeregten Behandlungsweisen stehen mit dem Gesetze nicht im Einklang.

Wenn eine Minderheit des Plenums es bei der Ersatzzustellung für zulässig hält, der Ersatzperson das Schriftstück mit der Abschrift der Zustellungsurkunde in einem Umschlag verschlossen zu übergeben, so ist dies nach dem oben Ausgeführten nicht richtig, weil damit dem Empfänger unmöglich gemacht ist, den Akt der Zustellung zu kontrollieren.

Auch der Vorschlag der Mehrheit, das Schriftstück in einen Umschlag zu verschließen, die Abschrift der Zustellungsurkunde mit diesem zu verbinden und sowohl auf den Umschlag als die Abschrift die Geschäftsnummer zu setzen, entspricht der gesetzlichen Vorschrift nicht, wornach die Abschrift unmittelbar mit dem Schriftstück zu verbinden ist.

---

1) Nachträglich wurde dem Einsender eine Verordnung des k. sächsischen Justizministeriums vom 16. März 1889 bekannt, welche in Ansehung des Verfahrens bei der Ersatzzustellung die Instruktion für die Gerichtsvollzieher durch folgende Bestimmung ergänzt:

„Den Personen, an welche die Zustellung bewirkt werden kann, wenn der Gerichtsvollzieher den Adressaten in der Wohnung oder in dem Geschäftslokale nicht antrifft, ist das zuzustellende Schriftstück nebst der auf dasselbe gebrachten oder damit verbundenen Abschrift der Zustellungsurkunde und den etwaigen sonstigen Beilagen verschlossen zu übergeben.

Der Gerichtsvollzieher hat daher nach Herstellung der Abschrift der Zustellungsurkunde und nach Beglaubigung derselben die Schriftstücke in einen mit einer Siegelmarke zu verschließenden Briefumschlag einzulegen und diesen mit der Adresse der Person, an welche die Zustellung erfolgen soll, zu versehen. In dieser Gestalt werden die Zustellungsstücke den Ersatzpersonen eingehändigt." (Justizministerialblatt für das Königreich Sachsen. 23. Jahrgang S. 10.)

Nach der hier vertretenen Ansicht läßt sich diese Anordnung mit dem Inhalt des Gesetzes nicht vereinigen.

Diese Vorschrift bezweckt, daß durch die Vorlegung der mit dem Schriftstück verbundenen Zustellungsurkunde der Nachweis geliefert ist, daß gerade dieses Schriftstück zu der angegebenen Zeit übergeben worden ist. Es legt deshalb die preußische Dienstanweisung vom 24. Juli 1879 § 34 einen besonderen Wert auf diese Verbindung, indem sie vorschreibt, daß, wenn die Zustellungsurkunde auf einen besonderen Bogen geschrieben worden ist, auf die Haltbarkeit der herzustellenden Verbindung besonders zu achten sei. Dieser Nachweis wird, wenn die Zustellungsurkunde mit dem Umschlag verbunden wird, nicht mit derselben Evidenz geliefert, weil nicht feststeht, daß gerade das betreffende Schriftstück in dem Umschlag war. Es wird also nicht das erreicht, was durch die offene Zustellung erreicht werden soll.

Eine andere mit der vorstehenden Behandlungsweise zusammenhängende Frage ist noch, ob nicht die Vorschriften über die Zustellung durch die Post (§§ 176—178 der Civilprozeßordnung) analog angewendet werden können. Dies ließe sich in folgender Weise denken: der Zustellungsbeamte hätte das Schriftstück in einem Umschlag mit seinem Dienstsiegel zu verschließen, diesen mit der Adresse zu versehen und mit der Geschäftsnummer zu bezeichnen. In die Zustellungsurkunde wäre aufzunehmen, daß der mit dieser Adresse und Geschäftsnummer versehene Briefumschlag zugestellt worden ist und es wäre weiter die in § 178 Abs. 2 der Civilprozeßordnung vorgeschriebene Beurkundung beizusetzen. Dem Empfänger wäre der Brief und eine Abschrift der Zustellungsurkunde, übrigens ohne Verbindung, zu behändigen. Hiemit wäre in Beziehung auf den Beweis alles das erreicht, was bei der Zustellung durch die Post erreicht wird. Allein der Zulässigkeit dieser Behandlungsweise stehen erhebliche Bedenken entgegen. Die in den §§ 152 folg. der Civilprozeßordnung über die Förmlichkeiten der Zustellung enthaltenen Vorschriften sind nicht bloß instruktioneller und reglementarischer Natur; ihre Beobachtung bedingt vielmehr die Gültigkeit der Zustellung, soweit nicht im Gesetz Ausnahmen gemacht sind (Entscheidungen des Reichsgerichts B. 21

S. 391). Wenn aber für einen Akt bestimmte Formvorschriften gegeben sind, so kann nicht ohne weiteres eine andere Form, auch wenn sie den Zweck ebensogut erfüllt, an ihre Stelle gesetzt werden und dann läge in einer Anordnung dieses Verfahrens eine Ergänzung des Gesetzes. Es dürfte aber sehr fraglich sein, ob eine solche Anordnung nicht über die Berechtigung der Landesjustizverwaltung, Instruktionen zu Ausführung des Gesetzes zu geben, hinausginge.

III. Von einer solchen Anordnung ist aber um so mehr Abstand zu nehmen, als sich die Unzuträglichkeiten, welche die Ersatzzustellung zur Folge haben kann, durch die Wahl der Zustellung durch die Post und durch Beachtung der Vorschrift des § 28 der Dienstvorschriften für die Gerichtsvollzieher in der Regel vermeiden lassen.

Die Zustellungsbeamten können auch einen am Gerichtssitz auszuführenden Zustellungsauftrag nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 9 Abs. 4 der Dienstanweisung im Wege der Zustellung durch die Stadtpost ausführen. Es kann deshalb keinen Anstand haben, die Beamten, welche die Zustellung anordnen, anzuweisen, daß sie in Fällen, in welchen die Ersatzzustellung unangemessen erscheint, die Zustellung durch die Post wählen. Dies trifft allerdings nur für die Zustellungen von Amtswegen und für den Fall zu, wenn der Gerichtsschreiber im ausdrücklichen oder vermuteten Auftrag der Partei die Zustellung vermittelt. Für den Fall, daß der Auftrag von der Partei ausgeht, wird dem Zustellungsbeamten zwar nicht die Pflicht auferlegt werden können, besonders zu prüfen, ob die Ersatzzustellung unangemessen sei, weil ihm, zum Teil schon nach seiner Bildungsstufe, nicht zugemutet werden kann, jedes Schriftstück z. B. ein umfangreiches Urteil nach dieser Richtung zu durchgehen; aber doch kann es keinen Anstand haben, ihn anzuweisen, wenn nach seiner Kenntnis von der Sache die Ersatzzustellung unangemessen erscheint, die Zustellung durch die Post zu wählen oder gemäß § 28 der Dienstanweisung wiederholt den Versuch der Zustellung an den bezeichneten Empfänger in Person zu machen.

Zustellungen durch die Post können nach Art. 29 Abs. 2 des württ. Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz nur die besonderen Zustellungsbeamten, nicht aber die Gerichtsvollzieher besorgen. Allein da im amtsgerichtlichen Verfahren die meisten Zustellungen seitens der Parteien im ausdrücklichen oder vermuteten Auftrag derselben durch die Gerichtsschreiber vermittelt werden und da gemäß § 180 der Civilprozeßordnung in dem Fall, wenn eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher bewirkt wird, obgleich sie hätte durch die Post erfolgen können, die zu Erstattung der Kosten verurteilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen hat, so kommen Zustellungen durch die Gerichtsvollzieher selten vor, wie dies in den Motiven zu Art. 29—31 des Ausführungsgesetzes zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz (Neue Justizgesetzgebung B. VI S. 152) hervorgehoben ist. — Ueberdies ist für dieselben ebenso, wie für die Zustellungsbeamten, der § 28 der Dienstanweisung maßgebend.

IV. Anlangend die vereinfachte Zustellung im Strafverfahren, so werden hier die Fälle nicht selten sein, in welchen es angemessen ist, daß dritte Personen und auch der mit der Zustellung beauftragte Unterbedienstete selbst im Interesse der Sache oder dessen, dem zuzustellen ist, den Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks nicht erfahren. Es wird die verschlossene Uebergabe des Schriftstücks schon jetzt nach der Justizministerialverfügung vom 9. Sept. 1879 zulässig sein, da sie eine entgegenstehende Bestimmung nicht enthält. Jedenfalls steht aber einer diesfallsigen Anordnung nichts im Wege. Die betreffenden Beamten werden anzuweisen sein, daß in Fällen, in welchen die Geheimhaltung angemessen erscheint, das zuzustellende Schriftstück schon auf der Kanzlei des Beamten mit einem Briefumschlag versehen wird, auf welchem die absendende Behörde, die Adresse des Empfängers und die Aktennummer oder eine sonstige Bezeichnung der Sache zu bemerken ist. In die Zustellungsurkunde wäre aufzunehmen, daß dem Empfänger ein Brief mit der betreffenden Adresse und der weiteren Bezeichnung übergeben worden sei; im Falle der Nichtannahme

wäre zu beurkunden, daß der so bezeichnete Brief am Orte der Zustellung zurückgelassen worden sei.

IV.

Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten in der Türkei.

In der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Band 17 S. 196 ist bei Besprechung des Buches von Koppers „Zusammenstellung der in den einzelnen ausländischen Staaten geltenden Bestimmungen über die Verpflichtung des Klägers zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten" bemängelt, daß man nicht erfahre, ob in der Türkei ein Ausländer Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten habe [1].

In der bei dem Oberlandesgericht anhängig gewesenen Berufungssache der Firma Epple und Ege, c. Malluk, wurde die kaiserlich deutsche Botschaft in Konstantinopel am 20. April 1886 durch Vermittlung des kön. Justizministeriums um Abgabe einer Aeußerung darüber ersucht, ob nach den Gesetzen des türkischen Staats ein Deutscher, welcher vor den türkischen Gerichten gegen einen Angehörigen des türkischen Staats als Kläger auftreten will, dem Beklagten zur Leistung einer Sicherheit für die Prozeßkosten nicht verpflichtet sei, und ob diese Gesetze für den ganzen Umfang des türkischen Staats gelten?

Die kaiserlich deutsche Botschaft hat erwidert:

„Eine besondere Verpflichtung des Ausländers zur Leistung einer Sicherheit an den Gegner für die Prozeßkosten, im Sinne des § 102 der deutschen Civilprozeßordnung, besteht in der Türkei nicht. Vom Kläger ist nur ein gesetzlich festgesetzter Kostenvorschuß zu zahlen, welcher für Inländer und Ausländer der gleiche ist.

In der Berufungsinstanz hat jedoch der Berufungskläger außerdem seinem Prozeßgegner für die Prozeßkosten und sonstige erstattungsfähige Ausgaben, sowie für etwaigen erwachsenden

1) s. auch eod. S. 234.

Schaden durch Stellung eines Bürgen Sicherheit zu leisten. (Art. 186 der türkischen Civilprozeßordnung.)

In den vor den türkischen Handelsgerichten schwebenden Handelsprozessen hat der Berufungskläger auch für die Vollstreckung des angefochtenen Urteils dem Gegner Bürgschaft zu leisten. (Art. 106, 5 der türkischen Prozeßordnung für Handelssachen.)

Auch diese Verpflichtung trifft den inländischen (ottomanischen) Berufungskläger in gleicher Weise wie den ausländischen.

Die vorerwähnten gesetzlichen Bestimmungen, deren Wortlaut in der Anlage in Uebersetzung beigefügt ist, gelten für den ganzen Umfang des türkischen Reiches, mit Ausnahme von Bulgarien, Egypten und Kreta."

Beigefügt sind die Uebersetzungen der angeführten Artikel:

Art. 186 der türkischen Civilprozeß-Ordnung vom Jahre 1296 d. H. (1878 n. Chr.):

„Der Berufungskläger hat, für den Fall der Verwerfung der Berufung, dem Berufungsbeklagten für die Prozeßkosten der Instanz, die ordnungsmäßig festgestellten Reiseauslagen und den sonstigen Schaden Sicherheit zu leisten und zu diesem Zwecke einen sicheren Bürgen zu stellen. Eine auf diese Bürgschaft bezügliche, amtlich beglaubigte Urkunde ist dem Schriftsatz, durch welchen die Berufung eingelegt wird, beizufügen."

Art. 106 der vor den türkischen Handelsgerichten geltenden Prozeßordnung (Code Ottoman de procédure commerciale) vom Jahre 1278 d. H. (1861 n. Chr.), nach der amtlichen französischen Uebersetzung:

L'appel sera formé par requête contenant:

1° les noms, profession et domicile de l'appelant et de l'intimé;

2° la désignation du jugement dont est appel, et le tribunal, qui l'a rendu;

3° l'objet de l'appel;

4° la demande d'assigner l'intimé de se présenter, en personne ou par fondé de pouvoir, devant la cour d'appel dans le délai prescrit par la loi pour les ajournements;

5° la mention que, par acte y annexé et dûment légalisé, l'appelant a fourni une caution solvable [1]) pour l'exécution du premier jugement et pour le paiement des frais de transport et autres dépenses et dommages intérêts de l'intimé, en cas qu'il succomberait en appel.

Le tout à peine de nullité de la requête sauf à l'appelant de presenter une nouvelle conformément aux conditions ci-dessus préscrites s'il se trouve encore dans le délai de l'appel.

Der Anwalt des Klägers Malluk hatte sich auch an den Sekretär der kaiserlich türkischen Botschaft in Berlin gewendet, welcher demselben erwiderte:

L'Ambassade Impériale a reçu la lettre, que vous lui avez adressée pour demander si les sujets Allemands sont tenus, dans l'Empire Ottoman, de garantir par une caution ou depôt, 1° les frais de justice et 2° les frais de procès de leurs adversaires.

En réponse, l'Ambassade Impériale, après avoir pris à cet effet l'avis du Ministère des Affaires Etrangères, vient vous informer, Messieurs, que l'etranger n'est soumis en Turquie aucune espèce de caution préalable à toute instance de procès et revêtant le caractère de la caution „judicatum solvi"; il est traité sur un pied de parfaite égalité avec le national, sur lequel ne pèse aucune mesure analogue.

Le Conseiller de l'Ambassade.

Zur Entscheidung kam die Frage nicht, da die Berufung von der Beklagten zurückgenommen wurde.

1) Im türkischen Texte: „einen sicheren Bürgen".

V.

Kann die Polizeibehörde im Falle realer Konkurrenz mehrerer Uebertretungen eine Strafe von mehr als vierzehn Tagen Haft verhängen?

Von

Amtsrichter Lehnemann in Nagold.

Das K. Oberamt N. hat in der Strafsache gegen den Spinner E. El. von Ei. wegen Bettels und Landstreicherei am 15. März 1892 eine polizeiliche Strafverfügung auf 2 × 14, zusammen 28 Tage Haft erlassen; El. hat gegen dieselbe und insbesondere wegen der Anschuldigung der Landstreicherei Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt und wurde durch Urteil des Schöffengerichts N. vom 24. März 1892 von der Anschuldigung der Landstreicherei freigesprochen.

Die dem K. Oberamt N. gelegentlich kundgegebenen Bedenken darüber, ob es im Hinblick auf § 453 Abs. 2 St.Pr.O. befugt gewesen sei, eine Gesamtstrafe von 28 Tagen zu verhängen, wurden zu widerlegen versucht durch die Entgegnung: „daß die Oberämter noch weit höhere Strafen verhängen können, allerdings nicht wegen einer Uebertretung, sondern nur im Falle der nach § 77 St.G.B. eintretenden Realkonkurrenz mehrerer; denn es sei ja gleichgültig, ob mehrere Strafverfügungen (je bis zu 14 Tagen) neben einander erlassen, oder die Einzelstrafen in einer zusammengefaßt werden; es sei dies die ständige Praxis bei den K. württ. Oberämtern und diese Geschäftsbehandlung sei im Departement des Innern höheren und höchsten Orts noch nie beanstandet worden."

Diese Auffassung teilt Schicker, der in seinem Kommentar „das Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren" in Note 2 zu Art. 11, Note 4 zu Art. 14 und Note 1 zu Art. 15 des württ. Gesetzes vom 12. August 1879, betreffend Aenderungen des Polizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871 und das Verfahren bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen, die oben vorangestellte Frage bejaht, davon ausgehend, daß nach § 77 Abs. 2 St.G.B. auf eine mehrfach verwirkte Haft

ihrem Gesamtbetrage nach zu erkennen sei, also die in § 74 St.G.B. Abs. 3 für mehrfach verwirkte Gefängnisstrafe vorgeschriebene Berechnung nicht Platz greife, daher die einzelnen real konkurrierenden Uebertretungen getrennt behandelt, somit für jede derselben die in Art. 11 l. c. und § 453 Abs. 2 St.Pr.O. den Polizeibehörden zugestandene Strafe in Ansatz gebracht und deshalb auch von der Polizeibehörde — und zwar von jeder, nicht bloß von den K. Oberämtern —, um die Umständlichkeit einzelner, neben einander zu erlassender — Strafverfügungen zu vermeiden, in einer Strafverfügung auf Haft bis zu 3 Monaten, aber nicht mehr erkannt werden könne.

Allein aus den Bestimmungen

1. des Abs. 2 des § 453 St.Pr.O.: „auch kann die Polizeibehörde keine andere Strafe als Haft bis zu vierzehn Tagen ꝛc. verhängen“,

2. des Art. 9 des cit. württ. Gesetzes vom 12. August 1879: „die Polizeibehörden sind befugt, nach Maßgabe des § 453 der R.St.Pr.O. und der folgenden Bestimmungen (s. Ziff. 3 u. 4) die in den Strafgesetzen gegen Uebertretungen angedrohten Strafen ꝛc. durch Verfügung festzusetzen,“

3. des Art. 14 l. c. (einer der in Art. 9 cit. erwähnten „folgenden Bestimmungen“): Soweit nicht durch Gesetze etwas anderes bestimmt ist, steht bei allen übrigen Uebertretungen den Oberämtern die Befugnis zur Erlassung einer polizeilichen Strafverfügung — insoweit zu, als die verwirkte Strafe das in § 453 R.St.Pr.O. bezeichnete Strafmaß nicht übersteigt,“

4. des Art. 26 Abs. 2 l. c. (ebenfalls einer der in Art. 9 cit. erwähnten „folgenden Bestimmungen“): Vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der R.St.Pr.O. „treten die Art. 58—66 des Ges. vom 27. Dezember 1871, sowie alle sonstigen mit dem gegenwärtigen Gesetze in Widerspruch stehenden gesetzlichen Bestimmungen außer Kraft,“

folgt:

daß die Polizeibehörde, welcher seit dem Inkrafttreten der R.St.Pr.O. die Befugnis zur Erlassung einer polizeilichen Strafverfügung gegen Uebertretungen nur insoweit zusteht, als

die — durch eine oder mehrere gleichzeitige Uebertretungen einer Person — verwirkte Strafe das in § 453 St.Pr.O. bezeichnete Strafmaß von vierzehn Tagen nicht übersteigt, eine die Dauer von vierzehn Tagen übersteigende Haftstrafe überhaupt nicht verhängen kann.

Die R.St.Pr.O. stellt in den Vordergrund das Prinzip der Mündlichkeit des Verfahrens und gestattet nur mit wenigen Ausnahmen die Schriftlichkeit im Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen und als Unterart der Letzteren sind, falls dies nach den Landesgesetzen angängig ist, die polizeilichen Strafverfügungen zugelassen.

Nach § 447 Abs. 2 St.Pr.O. darf jedoch durch einen Strafbefehl, d. h. im Wege des schriftlichen Verfahrens, keine andere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu 6 Wochen 2c. festgesetzt werden und zwar, wie es in der Praxis der Amtsgerichte mit Recht geübt wird, auch nicht im Falle realer Konkurrenz mehrerer strafbarer Handlungen, und Ersteres nur, falls die Staatsanwaltschaft schriftlich darauf anträgt.

Wenn also im Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen, wo jeder einzelne Fall der Prüfung zweier Behörden unterliegt, auf der einen Seite ein Antrag, auf der andern die in § 448 St.Pr.O. vorgeschriebene gründliche Prüfung gefordert wird, um die nach § 447 Abs. 2 St.Pr.O. im schriftlichen Verfahren zulässige höchste Freiheitsstrafe festzusetzen, so konnte es unmöglich in der Absicht der Reichsgesetzgebung gelegen sein, der Polizeibehörde eine weitergehende Strafbefugnis im Wege des schriftlichen Verfahrens einzuräumen, als den Amtsgerichten [1]).

1) Die in vorstehender Einsendung zu § 453 der St.P.O. angeregte Frage, ob die für die Festsetzung einer Strafe auf diesem Wege gegebene Grenze bei der Abwandlung real konkurrierender Delikte nur für die Einzelstrafen oder auch für die Gesamtstrafe (beziehungsweise Gesamtbetragsstrafe), St.G.B. §§ 74. 77. 78, gelte, hat zu § 447 der St.P.O. verschiedene Beantwortung gefunden in Holtzendorffs Handb. d. D. St.P.R. (Meves) II, S. 390 (vgl. S. 410), Keller, St.P.O. (2. Aufl.) zu N. 447 Note 6, andererseits: Schwarze, Erörterungen aus d. D. St.P.R. S. 4, Stenglein, St.P.O. (2. Aufl.) S. 642 (zu § 447, Anm. *).

VI.

Mitteilungen des Vorstands der württ. Anwaltskammer.

I. Die Substitution von Rechtsanwaltsgehilfen zu mündlichen Verhandlungen betreffend.

Aus Anlaß eines Spezialfalles hat der Vorstand der württembergischen Anwaltskammer die Frage seiner Beratung unterzogen, ob es mit den Berufspflichten eines Rechtsanwalts vereinbar sei, in einer ihm übertragenen Rechtssache seinen Gehilfen zur mündlichen Verhandlung zu substituieren. Der Vorstand hat diese Frage unbedingt verneint und zwar aus folgenden Gründen:

1. Die Partei überträgt dem Rechtsanwalt als ihrem Vertrauensmann die Führung des Prozesses. Nun ist zwar der Anwalt aus diesem Grund nicht gehindert, die Besorgung der Angelegenheit auch ohne vorherige spezielle Befragung der Partei ganz oder teilweise nach seinem pflichtmäßigen Ermessen einem andern Rechtsanwalt, oder einem im Vorbereitungsdienst beschäftigten Referendär (letzternfalls unter seiner Aufsicht und Kontrolle) zu übertragen, da in einem solchen Fall der Anwalt mit Fug das präsumtive Einverständniß der Partei anzunehmen berechtigt ist.

Nicht aber trifft letzteres zu, wenn eine nicht rechtsgelehrte Person von dem Anwalt substituiert wird. Daß also ohne vorherige spezielle Befragung der Partei der Anwalt nicht befugt ist, eine solche Person zu substituieren, versteht sich von selbst.

2. Aber auch mit spezieller Einwilligung der Partei einen (Schreiberei-) Gehilfen zu substituieren erscheint als unangemessen. Es mag in dieser Beziehung zuförderst bemerkt werden, daß eine Partei in der Mehrzahl der Fälle nicht die Tragweite einer solchen von ihr gegebenen Ermächtigung zu ermessen vermag, daß ferner häufig auch ganz einfache Sachen nach Umständen verwickelt werden können, auch öfters statt des erwarteten Versäumnisurteils kontradiktorisch verhandelt wird.

Allein wenn man auch hievon in dem einen oder andern Fall absehen wollte, so verletzt die Substitution des Gehilfen durch den Anwalt einesteils die Rücksicht, welche der Anwalt auf das Gericht zu nehmen schuldig ist, indem dem Richter nicht zugemutet werden kann, an Stelle des Anwalts mit dessen Gehilfen zu verhandeln, anderenteils und vornehmlich aber setzt hiebei der Anwalt die kollegialen Pflichten gegen den von der andern Partei bereits aufgestellten, oder möglicherweise erst bei der Verhandlung für dieselbe auftretenden Anwalt bei Seite, da es die Würde des Anwaltstandes verletzt, wenn der Anwalt mit dem Schreibereigehilfen eines Anwalts zu verhandeln genötigt wird. Ist es ohnedies beklagenswert, aber vom Anwalt, weil nicht in seiner Hand gelegen, oft nicht zu vermeiden, daß derselbe mit sogenannten Rechtsagenten, Kommissionären u. dgl. als Vertretern der Gegenpartei verhandeln muß, so ist doch jedenfalls der Rechtsanwalt verpflichtet, dafür zu sorgen, daß nicht durch eine von ihm erfolgte Substitution einer unpassenden Persönlichkeit ein Kollege in die Lage kommt, mit einer solchen Persönlichkeit verhandeln zu müssen. In einer Sache also, wo der Anwalt z. B. wegen voraussichtlicher Einfachheit im Falle seiner Verhinderung, oder weil er Kosten vermeiden will, nicht selbst auftreten kann oder will, ist es Obliegenheit des Anwalts, der Partei selbst die persönliche Vertretung ihrer Sache zu überlassen oder derselben anheimzugeben, für eine anderweite, ihr passende Vertretung zu sorgen.

II. Prozeßvollmachten und deren Inhalt betreffend.

Es ist schon öfters die Wahrnehmung gemacht worden, daß Anwälte in ihre gedruckten Vollmachtsformulare allgemeine Bestimmungen über die Art der Honorierung, abweichend von den Bestimmungen der Gebührenordnung aufnehmen und derartige Vollmachten sodann von den Parteien unterzeichnen lassen, auch solche zu Gerichtshanden übergeben. Aus den Formularien für Civilprozeßvollmachten sind seit längerer Zeit derartige gedruckte Bestimmungen nach unserer Kenntnis entweder ganz oder doch nahezu ganz verschwunden. Dagegen

war es auch in neuester Zeit mehrfach Gegenstand der Wahrnehmung, daß Vollmachten in Strafsachen derartige gedruckte Bestimmungen enthalten, so z. B., daß der Anwalt in schöffengerichtlichen Sachen die Taxe in Strafkammersachen, in Strafkammersachen die Taxe in Schwurgerichtssachen und daneben noch für Korrespondenz eine weitere besondere Gebühr zu berechnen befugt sei 2c.

Der Vorstand hat die Frage seiner Erörterung unterzogen, ob eine derartige Handlungsweise mit den Berufspflichten des Anwalts vereinbar ist und hat diese Frage unbedingt verneint. Die Begründung dieses Beschlusses ist in Folgendem gegeben:

Schon an sich und im allgemeinen ist es nicht unbedenklich, die Vollmachtsformulare (abgesehen von den Generalvollmachten) mit einer Menge einzelner Bestimmungen zu versehen, welche über die durch das Gesetz fixierten Befugnisse in mannigfacher Art hinausgehen, da in einem solchen Falle die Gefahr naheliegt, daß die Partei nach Umständen eine Befugnis erteilt, die zu geben sie bei näherer Prüfung des Vollmachtsinhalts vielleicht Anstand genommen hätte. In der Regel pflegt ja auch ein genaues Durchlesen des Vollmachtsformulars vor der Unterzeichnung nicht stattzufinden und ist solches öfters auch faktisch kaum thunlich. — Jedenfalls aber ist es durchaus unstatthaft, bezüglich der Honorierung von vornherein und ganz allgemein für alle Fälle Vertragsbestimmungen der angeführten Art der Partei aufzuerlegen. Wie bereits erwähnt, wird sehr häufig, auch wenn der Anwalt die Partei über die betr. Vertragsbestimmungen besonders zu belehren beabsichtigen sollte, dies vom Anwalt übersehen werden. Aber auch abgesehen hievon ist es mit dem nobile officium des Anwalts nicht vereinbar, derartige Klauseln behufs allgemeiner unbeschränkter Erhöhung seiner Gebühren gegenüber von der seitens des Gesetzgebers für die Regel festgesetzten Taxe anzuwenden. Nicht bloß kommt der Anwalt hiedurch zum Mindesten in eine schiefe Stellung gegenüber von dem Gericht, bei welchem derartige Vollmachten eingereicht werden, sondern es

darf — und dies ist die Hauptsache — der Anwalt überhaupt nichts thun, wodurch es den Anschein gewinnen könnte, daß er seinem Beruf mehr aus Rücksicht auf Gelderwerb als mit Rücksicht auf Berufs- und Standespflicht obliegt. Dabei ist es übrigens dem Anwalt selbstverständlich unbenommen, sich dann eine Erhöhung der Gebühren im Einzelfall auszubedingen, wo er dies der Sachlage entsprechend erachtet, wobei Erwägungen der mannigfachsten Art, die im wesentlichen in dem pflichtmäßigen Ermessen des Anwalts Grund und Schranke haben (vergl. übrigens auch R.A.G.O. § 93. Schlußsatz), maßgebend sein können.

Litterarische Anzeige.

A. H. Stein und **F. v. Kübel**, Handbuch des württembergischen Erbrechts, neu bearbeitet und mit Zusätzen versehen von **C. v. Hohl**. Sechste verbesserte Auflage. Stuttgart 1892. Druck und Verlag von J. F. Steinkopf. 510 Seiten.

Ueber die Geschichte dieses Handbuchs, des mit der im Jahre 1780 bei Steinkopf erschienenen „Abhandlung von Inventuren und Teilungen, auch anderen dahin einschlagenden Materien" von A. Z. Röslin seinen Anfang genommen hat, ist aus Veranlassung der Anzeige der im Jahre 1881 erschienenen 5ten Auflage im w. Archiv B. 22 S. 476 Näheres angeführt, worauf hier Bezug genommen werden kann. Nachdem auch diese Auflage im Buchhandel vergriffen ist, war bei dem Ansehen, welches dieses Handbuch in der Rechtssprechung der Gerichte und in der Praxis der Notare und Teilungsbehörden genießt, eine weitere Auflage Bedürfnis, und es muß dankbar anerkannt werden, daß sich der H. Verfasser der Bearbeitung einer solchen unterzogen hat. Wenn das bürgerliche Gesetzbuch auch innerhalb der nun in Aussicht genommenen Frist in Kraft treten wird, so lag darin schon deshalb kein Grund, von einer neuen Auflage abzustehen, weil auch nach diesem Zeitpunkt das württ. Recht für die unter seiner Herrschaft begründeten Rechtsverhältnisse maßgebend bleibt.

Auch in dieser Auflage haben einzelne Lehren unter Berücksichtigung der neuern Litteratur und der Entscheidungen der höheren Landesgerichte und des Reichsgerichtes Aenderungen und Ergänzungen erfahren; z. B. die Frage, welche Gesetze

im allgemeinen bei der Intestaterbfolge zur Anwendung kommen (§ 5); die Lehre von den gerichtlichen Testamenten (§ 48 bis 51); die Frage, welchen Einfluß der Aufschub der Eventualteilung auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse des überlebenden Paares und der Kinder hat (§ 242); die Behandlung erbloser oder mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretener Erbschaften (§ 339). Im Einzelnen mag folgendes bemerkt werden.

Zu § 3 sind die gesetzlichen Bestimmungen über das Verbot des Gütererwerbs durch die tote Hand und deren Einfluß auf letztwillige Zuwendungen an dieselbe nachgetragen. Hier hätten noch die weiter gehenden Beschränkungen, welchen nach den Ministerialverfügungen vom 30. März 1855 Regbl. S. 87 und vom 2. Nov. 1886 Regbl. S. 351 die Mutterhäuser der barmherzigen Schwestern unterliegen, erwähnt werden können.

Während in § 5 der Grundsatz aufgestellt wird, daß sich die Erbfolge in das Vermögen einer Person und ihre letztwilligen Verfügungen im allgemeinen nach dem am Wohnsitze des Erblassers geltenden Rechte richten, wird in § 45 gesagt, wenn ein Württemberger im Auslande ein Testament errichte, so sei die Frage über Testierfähigkeit und Noterbrecht nach dem württemb. Recht zu beurteilen. Dies wird nach obigem Grundsatz nur richtig sein, wenn der Erblasser trotzdem seinen Wohnsitz in Württemberg hat. Hat er seinen Wohnsitz im Ausland, so wird das ausländische Recht zur Anwendung kommen. (Entsch. des Reichsgerichts B. 8 S. 146).

Zu § 52 wird wohl mit Recht die bisherige Aufstellung, daß der Testamentsakt an demselben Kalendertag begonnen und vollendet sein müsse, in Zweifel gezogen.

In § 116 wird als Erfordernis des Versendungsrechts ex jure deliberandi angeführt, daß die Erbschaft dem Erben rechtlich angefallen sei und daß er von diesem Anfall Wissenschaft erlangt habe. Die Ansicht Windscheids, daß dieses Versendungsrecht auch Platz greife, wenn das letztere Erfordernis nicht zutreffe, auf welche nun hingewiesen ist, wird nach

dem klaren Wortlaut des Landrechts IV. 22 § 3 für das württemb. Recht ausgeschlossen sein.

Zu § 126 werden die Entscheidungen des Reichsgerichts B. 4 S. 125 und B. 8 S. 194, nach welchen die Veräußerung der Erbschaft einer noch lebenden dritten Person ohne deren Einwilligung nach gemeinem Recht nicht zulässig ist, mit der wohl nicht zu beanstandenden Bemerkung angeführt, daß nach württembergischem Recht dieser Rechtssatz keine Geltung habe.

Bezüglich der Frage, ob der Ehefrau auch im Fall der Anrufung der weiblichen Freiheiten das Absonderungsrecht des § 44 der K.O. zustehe, wurde nun zu § 105 die Entscheidung des Reichsgerichts B. 9 S. 94 ff. angeführt, welche abweichend von der Ansicht des Oberlandesgerichts die Frage verneint. Der Verfasser tritt der Meinung Mandry's (zivilrechtlicher Inhalt. 3. Aufl. S. 295) bei, „daß die Gründe für die Anwendbarkeit des § 44 auch bei dem Verzicht auf die Errungenschaft überwiegen, wenn auch nur für den Fall, daß entweder der Verzicht zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht ausgesprochen oder wenigstens zu dieser Zeit die thatsächliche Gemeinschaftlichkeit des Errungenschaftsvermögens noch nicht beseitigt ist".

In § 295 ist unter Beziehung auf Art. 23 des Not.-Ges. bemerkt, zur Abnahme des Offenbarungs-Eides sei nur das Bezirksgericht zuständig und nicht das Waisengericht oder der Gemeinderat. Es hätte hier wohl auf Art. 16 des württ. Gesetzes zur Ausführung der Civilprozeßordnung hingewiesen werden sollen, nach welchem der Anspruch auf Ablegung des Offenbarungseides im Civilprozeßverfahren zu verfolgen ist. Die Zuständigkeit des Gerichts wird daher durch den Streitwert mit bestimmt.

In dem S. 475 neu beigegebenen Formular eines Testaments nach der gewohnheitsrechtlichen siebenten Form fungiert als Aktuar der Gerichtsschreiber N., während nach § 52 nur der Ratsschreiber des Orts, wo testiert werden will, oder ein Gerichts- oder Amtsnotar oder ein geprüfter Notariatsassistent oder ein immatrikulierter Notar als Aktuar berufen werden

kann, ein Gerichtsschreiber aber dort nicht genannt ist. Nach dem bestehenden Recht wird nicht jeder Gerichtsschreiber, aber allerdings der Gerichtsschreiber des Amtsgerichts, in dessen Bezirk das Testament errichtet wird, als Aktuar berufen werden, können. Nach Landrecht III. 3 § 10 muß die Errichtung eines Testaments nach der vierten Form vor dem „geschwornen Schreiber desjenigen Orts, da eines seinen letzten Willen aufzurichten entschlossen, oder einem offenen Notar“ und fünf Zeugen geschehen. Unter den geschwornen Schreibern sind nach der Sprache des Landrechts die Gerichtsschreiber der Stadt- und Dorfgerichte zu verstehen, an deren Stelle nach der dermaligen Organisation die Amtsgerichte und Gemeinderäte getreten sind. Es werden daher vor den Aktuaren dieser Gerichte, dem Amtsgerichtsschreiber und dem Ratsschreiber solche Testamente errichtet werden können. Zu vergl. K.V.O. vom 20./28. Juli 1809 Ziff. 5; K.V.O. vom 24. Mai 1826 § 14; Entscheidung des K. Obertribunals vom 7. Sept. 1871 im württ. Archiv B. 15 S. 185; Römer, Grundzüge S. 23, welcher in Uebereinstimmung mit den Vorlesungen von Wächter die Oberamtsgerichtsaktuare nennt. Die Ansicht Bolley's (33 Aufsätze S. 417), daß jede zur Verfassung öffentlicher Urkunden berechtigte Person als Aktuar berufen werden könne, ist mit der Formvorschrift des Landrechts unvereinbar.

Die Anerkennung, welche dieses Werk von jeher gefunden hat, wird sicher auch dieser sechsten Auflage zu Teil werden.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

29.

Die Einwendung, die über einen Liegenschaftskauf aufgenommene Urkunde entspreche dem Willen der Parteien nicht, ist nicht bloß dann statthaft, wenn eine Partei im Irrtum über den Inhalt der Urkunde befangen war.

Am 5. Dezember 1889 hat zwischen den Parteien in der Wirtschaft des Klägers in dessen Hause über den Verkauf dieses Hauses an den Beklagten eine lang dauernde Verhandlung stattgefunden und es haben die Parteien schließlich eine Kaufvertragsurkunde unterzeichnet, wonach der Kläger an den Beklagten sein Haus um 70500 M. auf stet und fest verkauft. Durch den Beweiseinzug ist festgestellt, daß der Beklagte bei Unterzeichnung der Urkunde erklärt hat: „der Kauf gelte nichts, wenn seine Frau nicht einverstanden sei,“ und daß der Kläger dieser Erklärung zugestimmt hat. Dem Einwand, welcher der auf Festhaltung des Kaufs gerichteten Klage entgegengesetzt wurde, die Ehefrau des Beklagten sei mit dem Kaufe nicht einverstanden, wovon der Beklagte dem Kläger auch alsbald nach dem Kaufe Kenntnis gegeben hat, wurde von dem Kläger entgegnet, diese Bedingung sei, weil sie nicht schriftlich gemacht worden sei, unwirksam.

Die Klage ist in beiden Instanzen abgewiesen, in zweiter Instanz aus folgenden Gründen:

I. Das Gesetz vom 23. Juni 1853 bestimmt in Art. 1, daß Liegenschaftskäufe, welche nicht schriftlich abgefaßt sind, nichtig seien und daß dies auch von allen auf einen solchen Vertrag sich beziehenden Nebenberedungen gelte. Unter Nebenberedungen sind solche Verabredungen zu verstehen, welche den außerwesentlichen Inhalt des Geschäfts, d. h. solche Punkte betreffen, welche zu den zufälligen oder natürlichen Bestandteilen des Geschäftes gehören [1]).

Zu diesem gewillkürten außerwesentlichen Inhalt des Geschäftes, den Nebenberedungen im Sinne des Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes, gehören insbesondere die Bedingungen.

Nur den schriftlich erklärten Willen erkennt also das Gesetz als bindend an; und mündliche Verabredungen, mögen sie den wesentlichen oder außerwesentlichen Inhalt eines Liegenschaftkaufes betreffen, haben verbindliche Kraft nicht. Dabei gilt der allgemeine, auch im Württ. Archiv, Bd. 10 S. 451. Bd. 19 S. 347 unter Bezugnahme auf Seuffert, Archiv, Bd. 6 Nr. 19 und Bd. 10 Nr. 248 hervorgehobene Grundsatz, wonach im Zweifel anzunehmen ist, daß die schriftliche Urkunde den gesamten Inhalt des Vertrages wiedergebe, und daß die Parteien mündliche Beredungen, welche nicht in die Urkunde aufgenommen sind, nicht haben festhalten wollen, vielmehr von denselben abgegangen seien.

Das Gesetz geht aber nicht so weit, der in einer Kaufsurkunde enthaltenen Willenserklärung verbindliche Kraft auch dann beizulegen, wenn das in der Urkunde als gewollt Bezeichnete von dem Erklärenden nicht wirklich gewollt ist, und eine Ausnahme nur in dem Fall zuzulassen, wenn der Erklärende im Irrtum über den Inhalt der Urkunde dieselbe unterzeichnet hat. Vielmehr kann, wenn ausnahmsweise festgestellt werden kann, daß das in der Urkunde als gewollt Bezeichnete nicht wirklich gewollt ist (was auch außer dem Falle eines Irrtums über den Inhalt der Urkunde möglich ist), der schrift-

1) Wächter, württ. Pr.R. II. S. 654. Arndts § 65. Württ. Archiv, B. 12 S. 238.

lichen Willenserklärung rechtsverbindliche Kraft nicht zukommen. Es kann also die Einwendung, daß die Urkunde die wahre Willensmeinung der Kontrahenten nicht darstelle, weil wirklich Gewolltes in der Urkunde keinen Ausdruck gefunden habe, nicht allgemein als unzulässig bezeichnet werden, wie in den Entscheidungsgründen zu dem Urteile vom 29. Jan. 1878 [1]) bezüglich einer vereinbarten Bedingung geschehen ist.

Eine schriftliche Willenserklärung kann ein Rechtsgeschäft dann nicht zur Existenz bringen, wenn das geschriebene Wort und der Wille sich nicht decken. Kann insbesondere bewiesen werden, daß bei der Unterzeichnung der Urkunde die Parteien wirklich noch darüber einverstanden waren, daß eine mündliche Beredung, obwohl sie nicht in die Urkunde aufgenommen sei, Geltung haben solle, so ist damit widerlegt, daß der Inhalt der Urkunde ohne diese in der Urkunde nicht enthaltenen Nebenberedung gewollt ist, und da die mündliche Beredung für sich rechtsgeschäftliche Bedeutung nach Art. 1 Abs. 2 cit. nicht hat, die Schrift also durch die mündliche Erklärung nicht ergänzt werden kann, so kann das beabsichtigte Geschäft Geltung nicht haben. Es kann auch nicht ein Unterschied zwischen wesentlichen und unwesentlichen Nebenpunkten gemacht werden. Es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob angenommen werden kann, daß Uebereinstimmung des Willens und der schriftlichen Erklärung nicht vorhanden sei, oder ob eine solche Discrepanz anzunehmen genügender Grund nicht vorliegt.

II. Durch den Beweiseinzug ist der Nachweis erbracht, daß der Beklagte sich nur bedingt verpflichten wollte, daß er dies, wie öfter schon zuvor, so auch bei der Unterzeichnung der Urkunde erklärt hat und daß der Kläger hiemit einverstanden war. (Dies wird des Näheren ausgeführt.) Hienach ist der Beklagte durch die Unterzeichnung der Urkunde nicht verpflichtet worden, weil der in derselben enthaltenen unbedingten Erklärung des Beklagten der wirkliche Wille des Be-

1) Württ. Archiv, Bd. 19 S. 347. cf. Entscheid. v. 12. März 1878 am angef. O. S. 349.

klagten, der nur auf eine bedingte Erklärung gerichtet war, nicht entsprochen hat [1]), wobei insbesondere darauf nichts ankommt, ob den Beklagten der Vorwurf groben Verschuldens trifft, weil die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus in kontraktlichen Verhältnissen nur dann gilt, wenn es sich um die Haftung aus bereits bestehenden Obligationen handelt, nicht auch, wenn es sich um einzugehende Verträge handelt [2]).

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. vom 5. Dez. 1890 in Sachen Ziegler c. Spahr.

30.

Kauf oder Werkverdingung.

Das Thatsächliche ergiebt sich aus den Gründen:

Der Anspruch des Widerklägers auf Bezahlung von 428 Mark samt Zinsen für den Aufzug, welchen er der Widerbeklagten geliefert hat, ist nicht begründet:

1. Es ist nicht zu bezweifeln, daß ein Handelsgeschäft vorliegt. Das Handelsgesetzbuch bestimmt nicht, welche Rechtsgeschäfte unter den Begriff des Kaufs, von welch' letzterem der zweite Titel des vierten Buches handelt, fallen. Hierüber entscheidet das Landesrecht. Nach gemeinem Recht [3]) liegt ein Kauf vor, wenn der Verfertiger einer beweglichen Sache den Stoff dazu hergiebt. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn die zu liefernde Sache den Zwecken einer bestimmten Person oder einer bestimmten beweglichen oder unbeweglichen Sache angepaßt wird und zu diesem Behufe Maße genommen und Zeichnungen gefertigt werden. Dies folgt schon aus der Vorschrift, daß ein Kauf vorhanden sei, wenn aus dem Stoffe des mit der Arbeit beauftragten Handwerkers ein Ring einer bestimmten Form angefertigt werden soll [4]).

1) Windscheid, Pand. § 85 not. 1a und im Civilist. Archiv Bd. 63 S. 72.

2) R.G. 21 S. 165.

3) s. § 4 J. 3, 24; l. 65 Dig. 18, 1.

4) § 4 J. 3, 24.

Zwar spricht Art. 338 Hand.Ges.B. davon, daß nach den Bestimmungen über den Kauf auch ein Handelsgeschäft zu beurteilen sei, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis bestehe. Hiemit sollte aber nicht ausgesprochen werden, daß die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache kein Kauf sei. Die Entscheidung hierüber blieb dem Landesrecht überlassen; sondern es sollten diejenigen Partikularrechte, welche die Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen nicht als Kauf behandelten, abgeändert werden.

Auch die Thatsache, daß der Widerkläger die Aufstellung und Inbetriebsetzung der Maschine übernommen hat, ist unerheblich. Es liegt darin eine Nebenberedung zu dem Kauf der Maschine, welche den Charakter des Geschäfts nicht beeinflußt[1]).

Anders könnte es sich verhalten, wenn die Lieferung des Aufzugs und die Anbringung desselben in der Fabrik der Widerbeklagten als die Errichtung eines Werks auf fremdem Grund und Boden anzusehen wäre[2]).

Allein es ist nichts dafür angeführt, daß die gelieferte Maschine nicht bloß in dem Fabrikgebäude aufgestellt und, soweit es der Gebrauch erfordert, befestigt, sondern daß sie derart in eine dauernde Verbindung mit dem Gebäude gesetzt werden sollte, daß sie als Teil des Fabrikgebäudes zu betrachten wäre und ihrem Zwecke nach untrennbar mit demselben verbunden sein sollte. Sodann aber ist hier die Anfertigung der Maschine als eines selbständigen zusammengepaßten Ganzen und die Hergabe des Stoffs dazu gegenüber der Aufstellung und Montierung in der Fabrik derart die Hauptsache und Letzteres so sehr die Nebensache, daß das Erstere für die Beurteilung des Geschäfts maßgebend sein muß.

Hienach kommen im vorliegenden Fall die Grundsätze

1) l. 6 § 1 und 2 Dig. 19, 1.

2) s. l. 20 Dig. 18, 1; l. 22 § 2 Dig. 19, 2; Seuffert, Archiv B. 42 S. 158.

über den Kauf einschließlich derjenigen über den Verzug [1]) zur Anwendung [2]).

2. Der Widerkläger befand sich mit seiner Leistung im Verzug.

Dies wird weiter ausgeführt.

Urteil des 1. Sen. des Oberlandesger. v. 15. Mai 1891 in Sachen Eitle c. Gutmann und Marx.

31.

Einfluß nachträglicher Abänderung des Bauplans auf die Akkordsumme.

Der Kläger hat auf Grund gefertigter Baupläne und eines Kostenvoranschlags die Herstellung eines Baus um eine bestimmte Summe von dem Beklagten übernommen. Später wurden Abänderungen an dem Plane verabredet. Der Beklagte hat einen Teil der vereinbarten Akkordsumme bestritten, weil der auf den Bau zu machende Aufwand in Folge der Aenderungen ein geringerer geworden sei, als der Voranschlag ergebe. Die Einwendung wurde verworfen aus nachstehenden Gründen:

Wenn nach Abschluß eines Bauvertrags solche Abänderungen des Bauplanes vereinbart werden, welche auf die Größe des Bauaufwands erheblichen Einfluß zu üben geeignet sind, so pflegt eine dementsprechende Aenderung der ursprünglich bedungenen runden (pauschalen) Akkordsumme mitverabredet zu werden: erfolgen die Abänderungen des Plans in beiderseitigem Einverständnis, ohne daß eine Aenderung der bedungenen (festen) Akkordsumme zwischen den Beteiligten auch nur zur Sprache gebracht wird, so ist regelmäßig die Annahme gerechtfertigt, daß die Parteien diesen Aenderungen einen erheblichen Einfluß auf die Größe der Baukosten oder die Mühewaltung des Unternehmers nicht beigelegt haben und

1) Art. 355, 356.

2) s. Seuffert, Archiv, B. 41 S. 53 Nr. 40.

deshalb stillschweigend einverstanden gewesen sind, daß es trotz derselben bei der runden Akkordsumme sein Verbleiben habe.

Dies trifft auch im vorliegenden Fall zu, sofern Anhaltspunkte dafür, daß die Parteien eine künftig zu vereinbarende entsprechende Herabsetzung der Bausumme als Folge der vom Beklagten verlangten Aenderung des Bauplans in Aussicht genommen haben, gänzlich fehlen; und jene ersterwähnte Annahme erscheint um so mehr gerechtfertigt, als nach dem Ergebnis der Verhandlungen die Frage, ob die vom Beklagten veranlaßten Aenderungen eine Ersparung von Kosten bewirkt haben oder nicht, höchst zweifelhaft, jedenfalls von schwierigen Ermittlungen abhängig erschien und danach eine stillschweigende Einwilligung des Klägers in eine Verminderung der Bausumme nicht ohne Weiteres anzunehmen ist.

Das von dem Beklagten gestellte Verlangen einer Kürzung der Akkordsumme ist hiernach unbegründet.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 20. Februar 1891 in Sachen Müller c. Mößner.

32.

Auslegung eines Vertrags über Verköstigung von Arbeitern.

Der Beklagte hat behufs Ausführung eines Akkords Arbeiter nach St. Petersburg kommen lassen und mit dem Kläger, einem Wirt, einen Vertrag dahin abgeschlossen „Endesunterzeichneter (Kläger) verpflichtet sich hiermit, für 26 bis 30 Mann auf die Dauer von 5 Monaten Verpflegung und Wohnung zu übernehmen für den Preis pro Monat und Mann 30 Rubel in 14tägigen Raten resp. an jedesmaligem Zahltag zahlbar, wobei der Arbeitgeber den betreffenden Betrag pro Arbeiter und Tag vom Verdienst des letzteren in Abzug bringen und dem Endesunterzeichneten verabfolgen wird."

Da Beklagter wieder eine Anzahl von Arbeitern entlassen hatte, entstand Streit über die Auslegung des Vertrags. Das Weitere ergiebt sich aus den Gründen:

Mit Unrecht hat der vorige Richter angenommen, daß

nach dem der Klage zu Grunde liegenden Vertrag Kläger die Verpflegung von Arbeitern des Beklagten übernommen habe „gegen ein festes Entgelt des andern Vertragschließenden", also des Beklagten. Der Wortlaut des Vertrags ergiebt ganz unzweideutig, daß als Schuldner des Verpflegungsgelds nicht Beklagter, sondern die einzelnen Arbeiter dem Kläger gegenüberstehen sollten: nach dem Wortlaute des Vertrags hat Beklagter nur eine Garantie dafür übernommen, daß Kläger die Beträge, welche er von den Arbeitern anzusprechen hatte, auch wirklich erhielt, indem die von den einzelnen Arbeitern geschuldeten Beträge denselben an jedem Zahltag durch den Bevollmächtigten des Beklagten abgezogen und dem Kläger eingehändigt werden sollten.

Wenn Beklagter schlechthin hätte verpflichtet werden sollen, dem Kläger für dessen Leistungen eine Gegenleistung von 4500 Rubel zu machen, so hätte die Aufnahme dieser Bestimmung über den Abzug und die Ausfolge des Lohnes an Kläger in den Vertrag keinen verständlichen Sinn gehabt; es hätte diesfalls vielmehr die Festsetzung genügt, daß Kläger sich zur Uebernahme der fraglichen Leistungen gegen Bezahlung von 30 Rubel pro Monat und Mann seitens des Beklagten verpflichte. Beklagter hat daher den Vertrag ganz richtig aufgefaßt, wenn er am 17. Mai 1886 dem Kläger schrieb: B. werde demselben „die von meinen Arbeitern Ihnen für Kost und Wohnung schuldig gewordene Summe auszahlen." Kläger hat denn auch gegen den Inhalt dieses Schreibens nichts erinnert.

Hieraus ergiebt sich, daß Kläger die geforderten 864 Rubel jedenfalls nicht als den noch ausstehenden Rest der dem Beklagten vertragsmäßig obliegenden Gegenleistung fordern kann.

Auf der andern Seite kann aber auch nicht angenommen werden, daß Beklagter keine weitere Verpflichtung übernommen hat, als die oben dargelegte, nämlich dafür zu sorgen, daß Kläger auch wirklich bekomme, was ihm die Arbeiter schuldig werden, die er thatsächlich beherberge und verköstige. Denn da ein physischer Zwang auf die Arbeiter des Beklagten,

Wohnung und Kost ausschließlich beim Kläger zu nehmen, nicht ausgeübt werden konnte, da auch die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen war, daß die Zahl der Arbeiter sich in Folge irgend welcher Ereignisse ganz erheblich verminderte, so hätte Kläger, der sich unbestrittenermaßen auf die Unterbringung der im Vertrage genannten 30 Arbeiter besonders eingerichtet hat (durch Miethe von Schlafräumen), riskiert, daß er eine mit seinen Aufwendungen in irgend richtigem Verhältnisse stehende Gegenleistung überhaupt nicht erhielt, falls er lediglich auf dasjenige angewiesen gewesen wäre, was ihm die Arbeiter zu verdienen gaben. Einen solchen Vertrag einzugehen, konnte Kläger nicht gewillt sein, wie sich auch der Beklagte sagen mußte. Kläger mußte vielmehr auf eine sichere Einnahme rechnen können, welche ihm Ersatz seines Aufwands und einen entsprechenden Gewinn in Aussicht stellte.

Der Vertrag muß deshalb dahin verstanden werden, daß Beklagter die Verpflichtung übernahm, dem Kläger seine in St. Petersburg beschäftigten deutschen Arbeiter zur Beherbergung und Verköstigung zuzuweisen, mit der Maßgabe, daß er dem Kläger dafür Garantie leistete, daß die Zahl der zu verpflegenden Arbeiter und die Dauer der Verpflegung nicht wesentlich unter der im Vertrage genannten Zeit und Zahl blieb. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten haben ja zwischen seinem Bevollmächtigten und dem Kläger Verhandlungen darüber stattgefunden, ob einzelnen Arbeitern gestattet werden solle, anderwo Kost und Wohnung zu nehmen: hieraus erhellt, daß Beklagter selbst davon ausging, daß ihm die Verpflichtung obliege, für eine angemessene Einnahme des Klägers Sorge zu tragen, und da es unter Umständen nicht möglich war, eine solche Einnahme mittels Abzügen am Lohn der Arbeiter zu beschaffen — wenn z. B. sämmtliche Arbeiter, ohne daß ein entsprechender Ersatz möglich war, die Arbeit verlassen hätten —, so kann auch darüber kein Zweifel bestehen, daß Beklagter gehalten sein sollte, aus seinen Mitteln den Schaden zu ersetzen, welchen Kläger etwa — ohne sein Verschulden — dadurch erlitt, daß seine aus der Verpflegung

der Arbeiter erzielten Einnahmen erheblich unter den im Vertrag vorausgesetzten blieben.

Der Beklagte wurde daher zu einem entsprechenden Ersatz verurteilt.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 13. Juni 1890 in Sachen Klein c. Römisch.

33.

Verpachtung der Ausbeutung einer Kiesbank in einem öffentlichen Fluß.

Die Gemeinde Kirchentellinsfurt hat an den Beklagten „den Kiesbank ober- und unterhalb der Neckarbrücke bei Kirchentellinsfurt bis 1. Juli 1889 um 2455 Mk. verpachtet." Gegen die Klage auf Bezahlung dieses Pachtgeldes hat der Beklagte eingewendet, daß der Vertrag den in dem Neckar, einem öffentlichen Flusse, sich ansammelnden Kies, somit eine dem Verkehr entzogene Sache, zum Gegenstand habe und deshalb nichtig sei. Die klagende Gemeinde hat die Richtigkeit dieser Auffassung bestritten und noch geltend gemacht, man könne zu der Kiesbank nur dadurch gelangen, daß man ein der Gemeinde gehöriges, sich dem Ufer entlang ziehendes Grundstück benütze, und dafür sei die Gegenleistung versprochen worden.

Das Oberlandesgericht hat sich der letzteren Annahme angeschlossen und den Beklagten zur Zahlung verurteilt.

Gründe:

Man kann dahingestellt lassen, ob die Kiesbänke oberhalb und unterhalb der Neckarbrücke bei Kirchentellinsfurt im Bette des Neckars, eines öffentlichen Flusses, liegen und deshalb dem privatrechtlichen Verkehre entzogen (res extra commercium) sind, sowie, ob der Klägerin das Recht zur Kiesgewinnung aus demselben als Privatrecht zusteht, bezw. ob die Klägerin im juristischen Besitze eines solchen Rechtes sich befindet.

Zugestanden ist vom Beklagten, daß der Kies von diesen Kiesbänken mit Wagen nicht anders, als über das Eigentum der Klägerin, abgeführt werden kann. Die Klägerin war also,

auch wenn die Kiesbänke nicht auf ihrem Eigentume sich befanden und an sich dem Gemeingebrauch unterlagen, doch in der Lage, dem Einzelnen und dem Publikum die Gewinnung und Abfuhr von Kies und Sand aus diesen Kiesbänken mit Wagen unmöglich zu machen oder zu ermöglichen, je nachdem sie ihm die Benützung ihres Privateigentums zur Kiesabfuhr gestattete oder nicht.

Wenn auch jeder Bürger der Gemeinde das Recht haben sollte, für sich einige Fuhren Kies oder Sand zu holen, und wenn es sich hiebei nicht vielmehr nur um eine widerrufliche Vergünstigung handeln sollte, so war der Beklagte, wenn er auch Bürger der Gemeinde ist, doch nicht befugt, das Grundstück der Gemeinde zu der in Rede stehenden gewerbsmäßigen weit ausgedehnten Kiesabfuhr zu benützen. Für die Gestattung dieser Kiesabfuhr von den Kiesbänken konnte sich die Klägerin zweifellos eine Gegenleistung in Geld vertragsmäßig ausbedingen. Wenn also die Klägerin durch den Vertrag vom 23. April 1889, der dem Sprachgebrauche nicht rechtsverständiger Volkskreise entsprechend kurzweg als Pachtvertrag über die Kiesbank bezeichnet ist, dem Beklagten durch die Einräumung der Benützung ihres Privateigentums zur Abfuhr des Kieses die gewerbsmäßige Kiesentnahme von den Kiesbänken ermöglicht hat, so kann die Giltigkeit dieses Vertrages nicht darum beanstandet werden, weil die durch denselben gewährte Benützung des klägerischen Grundstückes dem Beklagten nach der Absicht der Parteien die faktische Möglichkeit verschaffen sollte, die ihm, wie jedem Andern, an sich zustehende Befugnis der Kiesabfuhr in einem das regelmäßige Maß von einigen Fuhren zum eigenen Bedarf weit übersteigendem Umfange gewerbsmäßig auszuüben und andere von diesem Gebrauche auszuschließen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 9. Januar 1891 in Sachen des Martin Thumm c. Gemeinde Kirchentellinsfurt.

34.

Auflösung eines Mietvertrags.

Die Kläger haben durch Mietvertrag vom 21. Oktober 1890 von dem Beklagten in dem Erdgeschoß seines Hauses einige Räumlichkeiten zum Betriebe einer Weinwirtschaft gegen einen jährlichen Mietzins von 2000 Mk. zahlbar in monatlichen Raten mit dem Anfang jeden Monats vom 11. November 1890 an gemietet, wobei wegen der Kündigung beschränkende Bestimmungen getroffen worden sind. Schon vor Abschluß jenes Mietvertrags hatte der Beklagte seinen neben der Weinstube befindlichen Laden an eine Fischhandlung vermietet, welche unterm 1. November 1890 ihren Geschäftsbetrieb in demselben eröffnete. Am 11. November 1890 haben die Kläger die Weinstube bezogen. Sie behaupten, daß sich durch den Betrieb dieser Fischhandlung in den anstoßenden Räumlichkeiten der Weinstube ein Geruch verbreite, der dieselbe zum Wirtschaftsbetrieb unbrauchbar mache, sie erachten sich aus diesem Grunde zur Aufhebung des Mietvertrags berechtigt und haben zu Ende März 1891 Feststellungsklage dahin erhoben, daß dieser Mietvertrag als aufgelöst bezw. als nicht zu Recht bestehend zu erklären sei. Die Kläger sind an Jakobi 1891 aus dem Hause ausgezogen, nachdem sie bis zu diesem Zeitpunkt den Betrieb der Weinwirtschaft fortgesetzt haben. Der Beklagte hat erklärt, daß er für die Zeit von Jakobi 1891 an aus dem Mietvertrag keine Ansprüche gegen die Kläger erhebe. Durch das erstrichterliche Urteil wurde der zwischen den Parteien am 21. Oktober 1890 abgeschlossene Mietvertrag als vom 11. November 1890 an aufgehoben erkannt und Beklagter in die Kosten verfällt. Auf erhobene Berufung wurde das erstrichterliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Gründe:

I. Nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen vom Mietvertrage, mit welchen auch das württembergische Recht übereinstimmt, braucht der Mieter für die Zeit, für welche ihm der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache vom Vermieter

nicht gewährt wird, kein Mietgeld zu entrichten, und kann der Mieter vor Ablauf der bedungenen Mietzeit die Aufhebung des Vertrags für den Rest der letzteren verlangen, sobald während der Mietzeit die dauernde Unbrauchbarkeit der Sache für den vertragsmäßigen Zweck sich herausstellt. Und zwar wird diese Aufhebung, vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Voraussetzungen derselben vorliegen, nach gemeinem, wie nach württembergischem Rechte — Landrecht Th. II, Tit. 17 § 4 — nicht durch richterliches Urteil, sondern durch eine hierauf gerichtete Erklärung an den Gegner (Rücktrittserklärung, Kündigung) in der Weise bewirkt, daß das Mietverhältnis für die Folgezeit aufgehoben ist, die bereits eingetretenen Wirkungen desselben aber bestehen bleiben [1]). Dagegen finden auf die Aufhebung des Mietvertrags wegen Mängel der vermieteten Sache die beim Kaufvertrage geltenden Grundsätze der redhibitorischen Klage [2]) keine Anwendung (l. 63 Dig. aed. ed. 21, 1).

II. Sollte sich ein eckelhafter und penetranter Geruch aus dem Fischladen in die von den Klägern gemieteten Räumlichkeiten beständig verbreitet und die letzteren dadurch zum Wirtschaftsbetrieb unbrauchbar gemacht haben, wie Kläger geltend machen, so hätte dieser Umstand die Kläger nach den eben angeführten Rechtsgrundsätzen berechtigt, den Mietvertrag für die Zukunft durch die Erklärung ihres Rücktritts aufzuheben, demgemäß die gemieteten Räumlichkeiten zu verlassen und für die Folgezeit keinen Mietzins mehr zu entrichten. Nun haben Kläger ihrer eigenen Angabe zu Folge zwar im Dezember 1890 wegen des starken Fischgeruchs bei dem Beklagten „reklamiert", im Januar, Februar und März 1891 ihre Reklamationen, teilweise unter Androhung alsbaldiger Kündigung, schriftlich wiederholt, den Mietzins nur unter Protest bezahlt, und nach

1) Wächter, württ. Privatrecht. Bd. 2 S. 656, insbesondere Anm. 4; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 402 Anm. 3 und § 361; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 291. Sintenis, Prakt. Civilrecht, Bd. 2 S. 656 vergl. mit S. 478.

2) Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 394.

dem Inhalt ihrer in dieser Instanz vorgelegten Schreiben vom 6. und 11. Januar und 4. März 1891 Ermäßigung des Mietzinses sowie Entschädigung verlangt, auch Rückvergütung des Mietzinses wegen Geschäftsschädigung sich vorbehalten, aber vor dem 24. März 1891 ihren Rücktritt vom Mietvertrag nicht erklärt; für den vorangegangenen Zeitraum ist daher eine rechtswirksame Aufhebung des Mietvertrags ihrerseits keinesfalls erfolgt.

Unterm 24. März 1891 hat zwar der klägerische Vertreter dem Beklagten mitgeteilt, daß Kläger den Vertrag wegen des Fischgeruchs als aufgelöst betrachten und deshalb spätestens am 1. April 1893 die sämmtlichen gemieteten Räume verlassen. Allein sie sind dieser letzteren Erklärung erst an Jakobi — 25. Juli 1891 — nachgekommen und haben bis dahin den Betrieb der Weinwirtschaft in den gemieteten Räumlichkeiten fortgesetzt, auch, nachdem sie noch am 2. April den Mietzins für den Monat März voll bezahlt hatten, für die Monate April bis Juli je einen Mietzins von 50 Mk. bezahlt. Es haben somit Kläger im Widerspruch mit der eben angeführten Erklärung die Ausübung des Mietvertrags durch Benützung der gemieteten Räume noch bis 25. Juli fortgesetzt, auch für diese Zeit einen Teil des Mietzinses entrichtet, und dadurch zu erkennen gegeben, daß sie von ihrer Rücktrittserklärung für diese Zeit noch keinen Gebrauch machen, für diesen Zeitraum auf etwaige Rechte aus dieser Erklärung verzichten.

Für die Folgezeit ist der Mietvertrag im Einverständnis beider Teile aufgehoben, indem Kläger durch ihren auf Jakobi bewerkstelligten Auszug ihrer Rücktrittserklärung Folge gegeben, und Beklagter seine Zustimmung hiezu mit der Erklärung, daß von seiner Seite für die Zeit von Jakobi 1891 an irgend welche Ansprüche für Miete der Weinwirtschaft nicht erhoben werden, erteilt hat.

Eine rechtswirksame Aufhebung des Mietvertrags wegen der angeblich durch das Eindringen lästigen Geruches bewirkten Untauglichkeit der Weinstube hat sonach für den Zeitraum vom 11. November 1890 bis 25. Juli 1891, für welchen noch

allein über dessen Aufhebung Streit besteht, nicht stattgefunden.

III. Hienach erscheint die Berufung des Beklagten gegen das erstrichterliche Urteil, durch welches der Mietvertrag für die Zeit vom 11. November 1890 an als aufgehoben erklärt wird, als begründet [1]).

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 11. Dezember 1891 in Sachen Weidlin c. Moser.

35.

Haftung der Eisenbahn für Gegenstände, welche die Reisenden auf der Reise bei sich tragen.

Der Kläger wurde bei einem Eisenbahnunfall verletzt und verlor eine Brieftasche mit 700 Mk. Die auf Ersatz belangte Eisenbahnverwaltung machte geltend, sie hafte für Gegenstände, welche die Reisenden bei sich tragen und bei einem Eisenbahnunfall verlieren, nicht. Der Ersatzanspruch wurde als begründet erkannt.

Gründe:

Die Beklagte erachtet sich durch das erstrichterliche Urteil für beschwert, weil durch dieses eine Ersatzverbindlichkeit der Beklagten für die dem Kläger verloren gegangene Brieftasche mit 700 Mk. Papiergeld anerkannt worden sei. Allein mit Unrecht.

Auf das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 kann dieser Anspruch des Klägers nicht gestützt werden. Denn dieses Gesetz gewährt bei Verletzungen der Reisenden durch den Betrieb der Eisenbahn nur Ersatz für die Heilungskosten und den Vermögensnachteil, welchen der Verletzte durch eine Erwerbsunfähigkeit oder eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet. Trifft daher den Reisenden ein Schaden an seiner

---

1) Hiedurch bleiben die Schadensersatzansprüche der Kläger aus der Beeinträchtigung der Benützung der vermieteten Gelasse unberührt.

Kleidung oder seinem Gepäck, so ist der Betriebsunternehmer aus jenem Gesetz dafür nicht haftbar [1]).

Dagegen folgt eine Ersatzpflicht der Beklagten aus dem Transportvertrag, welchen der Kläger mit der Beklagten durch Lösung der Fahrkarte von Freudenstadt nach Stuttgart abgeschlossen hat. Der Kläger will die Brieftasche mit 700 Mk. Papiergeld auf dieser Fahrt in seiner inneren Rocktasche bei sich getragen haben. Zwar können diejenigen Gegenstände, welche der Reisende unmittelbar auf seinem Leibe mit sich trägt, wie Kleider, oder welche er unmittelbar mit sich führt, wie sein Geld und seine Uhr, nicht dem Begriffe von Reisegepäck, näher Handgepäck, unterstellt werden, von welchen der Artikel 425 Ziffer 1 des Handelsgesetzbuchs und die §§ 27 und 29 Absatz 3 des Eisenbahnbetriebs-Reglements handeln. Von jenen Gegenständen spricht dieses Reglement nicht. Allein die rechtliche Lage bezüglich dieser Gegenstände kann keine andere sein, als bezüglich des Handgepäcks, schon weil sich eine Grenzlinie nicht ziehen läßt und derselbe Gegenstand auf derselben Reise bald als Handgepäck erscheinen, bald der anderen Art von Sachen angehören kann.

Wie bei dem Handgepäck [2]) so kommt auch bezüglich der anderen von dem Reisenden in den Personenwagen mitgenommenen, von ihm unmittelbar an seiner Person mitgeführten Gegenständen ein Transportvertrag zustande. In dem Betriebsreglement, speziell § 22, ist bestimmt, welche Gegenstände der Reisende in den Personenwagen mitnehmen darf; damit hat die Eisenbahnverwaltung erklärt, daß sie diejenigen Gegenstände, welche der Reisende berechtigterweise mit sich nimmt, um den Preis der Fahrkarte an denjenigen Ort mitführen will, auf welchen die Fahrkarte lautet, und selbstverständlich will auch der Reisende dieselben mit sich an jenen Ort ver-

1) s. Eger, Haftpflicht S. 105 und 298.

2) s. gegen Endemann, Recht der Eisenbahnen S. 680, die Commentare von Eger, Frachtrecht B. 3 S. 348 und von Hahn, II. S. 739; Schott in Endem. Handbuch, II. S. 461 § 29 und die weiter bei Eger Citierten.

bracht sehen. Sofern sich keine reglementswidrigen Sachen darunter befinden, ist dies ein Recht des Reisenden und keine Begünstigung Seitens der Eisenbahnverwaltung. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Eisenbahnverwaltung die einzelnen eingebrachten Sachen kennt oder nicht. Es verhält sich dies ebenso, wie mit dem Handgepäck. Auch hier kennt die Eisenbahnverwaltung den Inhalt des Handkoffers, welchen der Reisende bei sich trägt, nicht, und doch kommt der Transportvertrag nicht bloß hinsichtlich des Koffers, sondern auch hinsichtlich seines Inhalts zustande und sie haftet für diesen Inhalt [1]).

Es bedarf der Entscheidung der Frage nicht, ob nicht die Eisenbahnverwaltung, wie bei dem Handgepäck, § 29 des Reglements, so auch bei den von dem Reisenden an seiner Person mitgetragenen Sachen weder nach § 395 H.Ges.Buch noch auch für custodia hafte, weil der Reisende diese Gegenstände in seinem Gewahrsam behält, dieselben selbst beaufsichtigen will, weil die Eisenbahnverwaltung gar nicht in der Lage ist, dieselben zu überwachen und ihr daher der Beweis nicht zugemutet werden kann, daß eine solche Sache ohne ihr Verschulden verloren gegangen oder beschädigt worden ist. Jedenfalls ist durch den Transportvertrag die Verpflichtung der Eisenbahnverwaltung begründet, dafür zu haften, daß nicht die Reisenden und die von ihnen mitgeführten Gegenstände durch schuldhafte positive Handlungen oder Unterlassungen ihrer eigenen zum Transport verwendeten Leute verletzt oder beschädigt werden. Hinsichtlich der persönlichen Integrität der Reisenden ist dies in dem Urteil des Oberlandesgerichts vom 11. Dezember 1880 [2]) angenommen; bezüglich des Handgepäcks ergiebt es sich aus Art. 425 Ziffer 1 H.Ges.Buch und § 29 des Reglements, und es darf diese Haftung der Eisenbahnverwaltung nicht weiter eingeschränkt werden, und was die von den Reisenden mitgetragenen Sachen betrifft, so folgt jene Verpflichtung aus l. 25 § 7, l. 41 Dig. loc. cond. [3]).

1) s. § 29 Abs. 3 des Reglem.

2) Sarwey Arch. Bd. 22 S. 385.

3) s. Entscheid. des Reichs-O.H.G. Seuffert Bd. 34 S. 310 oben; Entscheid. des Reichsger. B. 10 S. 166.

Im Grunde bestreitet auch die Beklagte diese Verbindlichkeit an sich nicht. Sie hat die Ersatzpflicht für die Kleidungsstücke des Klägers, welche beschädigt worden sind, anerkannt. Sie will nur die Haftpflicht auf diejenigen Gegenstände beschränken, welche der Reisende sichtbar an sich trage, wie Kleider und Handgepäck.

In dem Eisenbahnbetriebsreglement ist eine solche Bestimmung und eine Einschränkung der Haftung auf gewisse Gegenstände nicht enthalten. Es ist vorgeschrieben, daß feuersgefährliche Dinge 2c. nicht mit in den Wagen genommen werden dürfen; daß aber der Reisende des Ersatzes verlustig werde, wenn er Gegenstände von höherem Werte mitnehme, ergiebt sich aus dem Reglement nicht. Es ist nicht vorgeschrieben, Derartiges als Passagiergut aufzugeben.

Die Unterscheidung, welche die Beklagte machen will, kann nicht gebilligt werden. Es ist nicht ersichtlich, warum der Umstand, ob der Reisende eine Sache sichtbar oder nicht sichtbar bei sich trägt, für die Haftpflicht maßgebend sein soll. Die Eisenbahnverwaltung hat für das Handgepäck zu haften, ohne daß der Inhalt der Reisetasche oder des Handkoffers 2c. sichtbar ist. Gegenstände, welche der Reisende sichtbar an sich trägt, können sehr wertvolle sein, wie Ringe oder sonstige Schmuckgegenstände. Es ist rein zufällig, ob eine mitgeführte Sache sichtbar wird, oder nicht. Der Beamte, welcher die Fahrkarte abgiebt, überzeugt sich nicht, was der Reisende bei sich trägt und das Dienstpersonal wendet keine größere oder geringere Vorsicht an, je nachdem die Reisenden viel oder wenig Handgepäck bei sich haben oder mehr oder weniger Schmuck bei ihnen sichtbar ist. Aus diesem Grunde und weil hier nur von dem Güterverkehr und der Haftung ex recepto die Rede ist, kann auch Art. 395 Abs. 2 Hand.Ges.Buch nicht zur Anwendung kommen.

Es könnte sich nur darum handeln, ob nicht etwa die Eisenbahnverwaltung nur für diejenigen Gegenstände haftet, welche man bei einer Eisenbahnreise bei sich zu tragen pflegt, oder welche man allein vorsichtshalber bei sich tragen soll.

Diese Frage braucht jedoch nicht entschieden zu werden, denn der Betrag von 700 Mk. ist nicht so erheblich, daß nicht solche Summen vielfach von Reisenden bei sich getragen würden, daß Anstand zu nehmen wäre, solche in den Personenwagen mitzunehmen und daß wegen derselben besondere Vorsichtsmaßregeln geboten erschienen [1]).

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 13. Februar 1891 in Sachen Fahrner c. Fiscus.

36.

Einrede eigenen Verschuldens bei einem Eisenbahnunfall.

Am 6. Juni 1889 war der im Dienst des Güterbeförderers L. in Freudenstadt stehende Arbeiter Adam G. auf dem dortigen Bahnhof damit beschäftigt, einen Eisenbahnwagen mit Brettern zu beladen. Er stand dabei auf dem Bretterboden, welchen die Arbeiter, um sicherer laden zu können, auf der vorderen und hinteren Seite des Eisenbahnwagens über den Schild desselben in den Luftraum hinausragend angebracht hatten. Hiebei wurde er durch den Stoß einer zum Zweck des Rangierens heraufahrenden Lokomotive herabgeschleudert, geriet unter die Räder und erlitt eine Verletzung des linken Knöchels.

Für den durch diese Körperverletzung erlittenen Schaden wird G. in Gemäßheit des Unfallversicherungsgesetzes von der Klägerin, der Fuhrwerksberufsgenossenschaft Berlin, entschädigt und zwar bis auf weiteres mit einer jährlichen Rente von 253 Mk. 20 Pf. Mit der gegenwärtigen Klage verlangt Klägerin auf Grund des § 1 des Haftpflichtgesetzes in Verbindung mit § 98 des Unfallversicherungsgesetzes den Ersatz der von ihr an G. bezahlten und künftig zu bezahlenden Beträge von der K. Württ. Staatsfinanz-Verwaltung. Die Klage wurde abgewiesen:

Was zunächst die Meinung der Klägerin betrifft, der

1) s. hiezu Busch Archiv f. Handelsrecht B. 36 S. 341.

Beklagten falle jedenfalls ein überwiegendes Verschulden zur Last, weil sie einer bestehenden Vorschrift zuwider geduldet habe, daß sich Verladearbeiter, wie der Verletzte G., während des Rangierens von Güterwagen auf denselben aufgehalten haben, so ist dieselbe unzutreffend.

Wenn Beklagte geltend machen wollte, ein Verschulden des G. sei schon darin zu sehen, daß er die bestehende Vorschrift nicht beachtet habe, nach welcher sich während des Rangierens von Güterwagen Niemand auf denselben aufhalten soll, so könnte Klägerin diese Behauptung allerdings durch den Hinweis darauf beseitigen, daß diese Vorschrift unter den Augen der Bahnhofverwaltung Freudenstadt fortgesetzt verletzt worden ist. Wenn aber Klägerin ihrerseits den Satz aufstellt: die fortgesetzte Duldung einer solchen Zuwiderhandlung gegen eine bestehende Vorschrift habe zur Folge, daß, wenn sich hiebei ein Unfall ereigne, eine eigene Verschuldung des Verletzten gar nicht mehr in Frage kommen könne, weil in jener Duldung jedenfalls ein überwiegendes Verschulden der Eisenbahnverwaltung zu erblicken sei, so findet dieser Satz weder in der Theorie noch in der von der Klägerin herangezogenen Rechtsprechung eine Stütze und kann nicht als richtig anerkannt werden.

Wenn eine bestehende Vorschrift thatsächlich unter den Augen der Bahnverwaltung fortgesetzt außer Acht gelassen wird, so ist bei Beantwortung der Frage, ob der Verletzte den Unfall selbst verschuldet hat, von dem Bestehen jener Vorschrift ganz abzusehen. Es fällt daher für die Beurteilung der Sache das Moment weg, daß schon die Thatsache des Bestehens eines gewissen Verbots den Verletzten auf die Gefährlichkeit der verbotenen Handlung hinweisen konnte oder mußte. Ist also das Verbot einer Handlung außer Uebung gekommen, deren Gefährlichkeit nicht in die Augen springt, so kann in der Vornahme jener Handlung nicht ohne weiteres ein eigenes Verschulden des dabei Verletzten gefunden werden. Wenn dagegen die Gefährlichkeit einer Handlung jedem vernünftigen Menschen schon an sich einleuchtend ist, so trifft denjenigen, welcher dieselbe vornimmt und dabei verunglückt,

regelmäßig der Vorwurf eigenen Verschuldens, auch wenn die Uebertretung einer bezüglichen Verbots-Vorschrift von der Eisenbahnverwaltung geduldet wird: nur wird im einzelnen Fall dabei zu prüfen sein, ob etwa in Folge dieser Duldung das Bewußtsein von der Gefährlichkeit der Handlung im Publikum geschwunden ist.

Im vorliegenden Fall ist also deshalb, weil die Bahnhofverwaltung in Freudenstadt die Uebertretung der nach dem Zeugnis des Bahnhofaufsehers G. bestehenden Vorschrift geduldet hat, wonach „bei Anfahren einer Maschine Niemand auf dem Wagen bleiben darf", keineswegs ausgeschlossen, daß der Verletzte G. den Unfall durch eigenes Verschulden herbeigeführt hat. Denn jedermann weiß, daß beim Anfahren einer Lokomotive an einen stehenden Wagen ein gewisser Stoß entweder unvermeidlich ist, oder doch thatsächlich in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle erfolgt. Auch G. muß sich dessen bewußt gewesen sein. Denn nach dem Zeugnis seines Mitarbeiters G. war den Verladearbeitern gesagt, „daß sie bei dem Anfahren einer Maschine entweder sich hinzusetzen oder herunterzugehen haben" und nach dem Zeugnis seines Dienstherrn hat G. seinen jüngeren Bruder „öfters zur Vorsicht gemahnt", wenn es sich um das Geschäft des Verladens von Brettern auf Eisenbahnwagen handelte. Es ist ein einfaches Gebot der Vorsicht, daß jemand, der auf einem Eisenbahnwagen in einer Stellung sich befindet, in welcher ihn ein leichter Stoß vom Wagen herabschleudern kann, sich gegen diese Gefahr schützt, wenn er weiß, daß ein solcher Stoß bevorsteht. G. befand sich in einer derartigen Stellung: wurde er nun rechtzeitig auf den bevorstehenden Stoß aufmerksam gemacht, und wurde er durch einen Stoß von normaler Stärke herabgeschleudert, weil er es unterlassen hatte, sich hiegegen zu sichern, so hat er den erlittenen Unfall lediglich sich selbst zuzuschreiben. Diese Voraussetzungen liegen aber in der That vor.

Dies wird des Näheren dargelegt und weiter bemerkt:

Nach dem Ausgeführten ist dargethan, daß G. den nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erforderten Grad von Aufmerk-

samkeit nicht beobachtet hat, der von jedem Vernünftigen und Zurechnungsfähigen bei Vornahme seiner Handlungen vorausgesetzt werden muß, und dies reicht — da ein konkurrierendes Verschulden der Eisenbahnverwaltung nicht vorliegt — zur Begründung der Annahme aus, daß der Unfall durch das eigene Verschulden des Verletzten verursacht worden ist.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 13. Februar 1891 in Sachen der Fuhrwerksgenossenschaft Berlin c. d. K. Württ. Staatsfinanzverwaltung.

Die Revision gegen dieses Urteil, welche sich darauf stützte, die Grundsätze über konkurrierendes Verschulden seien verkannt, wurde vom Reichsgericht zurückgewiesen. Nach § 1 des Haftpflichtgesetzes handle es sich nur darum, ob dem Verletzten ein Verschulden zur Last falle, und ein solches werde, wenn er eine verbotene Handlung vorgenommen habe, nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß die Uebertretung des Verbots geduldet worden sei.

37.

Die civilrechtliche Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides bestimmt sich nach Art. 16 des württemb. Ausführungsgesetzes vom 18. August 1879 zur Reichscivilprozeßordnung.

Die Kläger verlangen von den Beklagten als Miterben die Leistung des Offenbarungseides, da die Beklagten vor dem Tode des Erblassers mehrfach in der Lage gewesen seien, Erbschaftssachen zu beseitigen. Die Beklagten beriefen sich darauf, das württembergische Recht habe das gemeine Recht nicht abändern wollen. Die Voraussetzungen des gemeinen Rechts für die Verpflichtung, den Eid zu leisten, liegen aber nicht vor. Das erstrichterliche Urteil, welches dieser Ansicht folgend die Klage abwies, wurde abgeändert.

Dieses Urteil hatte ausgeführt: Ueber die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides spreche

sich Art. 16 des württemb. Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung nicht aus. Derselbe habe diese Voraussetzungen nicht regeln wollen. Es sei also lediglich das gemeine Recht maßgebend. Nach gemeinem Recht sei nur der Miterbe zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet, welcher den Nachlaß oder einen Teil desselben im Besitz und Verwaltung gehabt habe, und ferner der Miterbe, der in einem solchen thatsächlichen Verhältnis zum Erblasser und dessen Vermögen gestanden habe, daß ihm leichte Gelegenheit gegeben gewesen, Gegenstände des Nachlasses zu beseitigen. Hierher sei namentlich derjenige zu rechnen, welcher in häuslicher Gemeinschaft mit dem Erblasser gelebt habe. Liege ein solches Verhältnis nicht vor, so bedürfe es des Vorhandenseins besonderer direkt auf eine Untreue des Erben hinweisender Verdachtsgründe, um es zu rechtfertigen, daß der Miterbe sich von einem seine Integrität berührenden Verdacht zu reinigen habe. Es sei geboten, das Erfordernis näheren Verhältnisses des Miterben zum Erblasser streng auszulegen und es dementsprechend auf häusliche Gemeinschaft und analoge, also nicht lediglich vorübergehend, vielmehr häufige und günstige Gelegenheit zu Eingriffen in das Vermögen bietende Verhältnisse zu beschränken. Ein solches Verhältnis könne insbesondere darin nicht gefunden werden, daß die Beklagten während der 14tägigen Krankheit des Erblassers einigemale und namentlich Nachts allein bei demselben gewesen seien und bei ihm gewacht haben, und daß sie nach dem Tode des Erblassers die seine Wertpapiere enthaltende Kassette, deren Schlüssel ein Dritter in Verwahrung gehabt habe, an sich genommen hatten.

Gründe:

I. Was die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides betrifft, so handelt die Reichscivilprozeßordnung von dem Offenbarungseid lediglich als einem Exekutionsmittel in § 711 und 769.

Ueber den civilrechtlich begründeten Offenbarungseid ist aber in § 16 Ziffer 3 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung gesagt: „Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts

über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides bleiben unberührt."

Hienach ist die Verpflichtung zur Leistung des civilrechtlich begründeten Offenbarungseides nach den Landesgesetzen zu beurteilen und es sind für das württembergische Recht die Bestimmungen des Art. 16 des Ausführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung maßgebend. Wenn nun im Art. 16 Abs. 1 des württemb. Ausführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung bestimmt wird:

„Wenn Jemand verbunden ist, einen Inbegriff von Sachen oder Rechten ganz oder zu einem bestimmten Anteil anzuzeigen, oder über ihren Bestand Auskunft zu geben, so muß er auf Verlangen desjenigen, welcher sein rechtliches Interesse hiebei nachweist, den Offenbarungseid leisten",

so ist damit ausgesprochen, daß nach württemb. Recht jede Person, welche verbunden ist, einen Inbegriff von Sachen oder Rechten anzuzeigen oder über ihren Bestand Auskunft zu geben, zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet ist, und eine Beschränkung dieser Verpflichtung tritt nach Art. 16 Abs. 3 eod. nur insoweit ein, als der Antrag auf Leistung des Offenbarungseides als chikanös erscheint, wenn nemlich der Anspruch nicht nur auf keine Weise bescheinigt ist, sondern auch eine Verheimlichung von Vermögensbestandteilen durch den Beklagten nach den Umständen als völlig unwahrscheinlich erscheint.

Darüber, wenn und unter welchen Voraussetzungen Jemand verpflichtet ist, einen Inbegriff von Sachen oder Rechten anzuzeigen oder über ihren Bestand Auskunft zu geben, enthält das württemb. Gesetz keine Bestimmung, und dies ist daher nach dem geltenden gemeinen Rechte zu beurteilen.

Dieser Sinn und Inhalt des Art. 16 des württemb. Ausführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung, durch welchen die im wesentlichen gleich lautenden Bestimmungen der württem. Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 Art. 612 und 613 über den Offenbarungseid aufrecht erhalten werden wollten, wird auch bestätigt durch die Motive und durch den

Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten zu Art. 612 und 613 der württemb. Civilprozeßordnung (617—619 des Ges.-Entwurfs).

In den Motiven hiezu wird bemerkt:

„Die Verpflichtung zu Ablegung des Offenbarungseides gehöre eigentlich dem Civilrecht an; es liege aber kein Bedenken vor, nach dem Beispiel vieler Prozeßgesetze Bestimmungen über die Verpflichtung zur Leistung dieses Eides aufzunehmen. Hierher gehören die Art. 617—619 des Entwurfs."

„Der Art. 617/618 begrenze das Recht, auf den Offenbarungseid anzutragen, im wesentlichen im Einklang mit der gemeinrechtlichen Theorie. Die Frage, ob eine Verpflichtung der in Art. 617/618 bezeichneten Art vorhanden sei, bleibe der Anwendung des Civilrechts auf den einzelnen Fall überlassen. Hienach werde auch zu bemessen sein, in wie weit die zunächst in der Person eines Einzelnen begründete Verpflichtung auf Familienangehörige und Hausgenossen desselben ausgedehnt werden könne [1]."

Im Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten ist zu Art. 617/618 des Entwurfs bemerkt:

„Der Entwurf gehe mit Recht davon aus, daß innerhalb der Grenze, in welcher civilrechtlich die Verbindlichkeit zur Leistung des Offenbarungseides besteht, zur Begründung der Klage auf Leistung desselben die Behauptung von Verdachtsgründen nicht gehöre. Hieraus folge jedoch keineswegs, daß der Richter nicht befugt sein soll, eine Klage auf Leistung des Offenbarungseides dann abzuweisen, wenn der Thatumstand, auf welchen sie sich bezieht, sich als ganz unwahrscheinlich darstellt, gleichwohl aber ein besonderer Verdacht der Veruntreuung oder Verheimlichung nicht begründet oder bescheinigt werden kann."

„Der Ausdruck: „Wenn Jemand verbunden ist — Aus-

1) s. Amtliche Handausgabe der württ. Civ.Proz.-O. v. Jahr 1868 Abt. I. Motive S. 157 f.

kunft zu erteilen" umfasse nicht bloß diejenigen, welche nach Umständen selbst in ihrem Interesse hinterhalten und sich ersatzpflichtig gemacht haben, wie z. B. der Gantmann oder Erben für ihre Person, sondern auch Frauen und andere dritte Personen, in welcher Hinsicht die civilrechtlichen Grundsätze Anwendung finden."

Hiernach gehen die Motive und der Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten von der Annahme aus, daß die Bestimmungen der Art. 612 und 613 der württemb. Civilprozeßordnung vom Jahre 1868, welchen die im Wesentlichen gleich lautenden Bestimmungen des Art. 16 des württemb. Ausführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung entnommen sind, materiell rechtliche Bestimmungen über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides enthalten, und daß damit die gemeinrechtlich bestrittene Frage über die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides entschieden und geregelt sei, übrigens hiebei die Frage, ob Jemand verbunden ist, einen Inbegriff von Sachen oder Rechten anzuzeigen oder über ihren Bestand Auskunft zu geben, der Entscheidung nach den Grundsätzen des geltenden Civilrechts überlassen bleibe.

Die Annahme des vorigen Richters, daß der Art. 16 des württemb. Ausführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung überhaupt eine positive Bestimmung über die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nicht enthalte, ist daher nicht zutreffend, und es ist auch in den erwähnten Motiven zu Art. 612 der württemb. Civilprozeßordnung vom Jahre 1868 nicht gesagt, daß für die materiellen Voraussetzungen der Klage auf Abnahme des Offenbarungseides lediglich das gemeine Recht maßgebend sei, vielmehr ist nur gesagt, daß die Frage, ob eine Verpflichtung der in Art. 607 (des Entw.) bezeichneten Art, also eine Verpflichtung, einen Inbegriff von Sachen oder Rechten anzuzeigen oder über ihren Bestand Auskunft zu erteilen, vorhanden ist, der Anwendung des Civilrechts auf den einzelnen Fall überlassen bleibe.

Es ist daher auch die Entscheidung des Reichsgerichts in

Band 8 S. 165 bezüglich der gemeinrechtlichen Voraussetzungen der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides für das württemb. Recht nicht in allen Teilen maßgebend. —

II. Daß die Beklagten als Miterben nach gemeinem Recht zu denjenigen Personen gehören, welche civilrechtlich verpflichtet sind, über den Bestand der Hinterlassenschaft Auskunft zu geben, ist nicht zu bezweifeln [1]). Auch ist nach Art. 23 des württ. Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 das Waisengericht angewiesen, jedesmal vor Beginn eines Teilungsgeschäftes die Beteiligten statt der früher üblichen Handtreue zu gewissenhafter Angabe des Vermögens unter Hinweisung auf die künftig mögliche eidliche Erhärtung desselben nachdrücklich zu erinnern.

III. Aus den thatsächlichen Verhältnissen ergiebt sich aber auch, daß die Beklagten nicht nur einen großen Teil der Hinterlassenschaft mehrere Monate lang in Besitz und Verwahrung hatten, sondern auch, daß die Beklagten überhaupt thatsächlich in einem solchen Verhältnis zu dem Vermögen ihres Vaters gestanden haben, daß sie kaum weniger leichte Gelegenheit hatten, Gegenstände des Nachlasses zu beseitigen, als wenn sie mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft gelebt hätten.

Es kann daher nach den vorliegenden Umständen eine Verheimlichung von Vermögensbestandtheilen nicht als völlig unwahrscheinlich erachtet werden. Der den Beklagten zur Seite stehende Ruf der Unbescholtenheit kann aber die Beklagten von der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht befreien. Die Bescheinigung besonderer Verdachtsgründe wird zur Begründung der Klage auf Leistung dieses Eids nicht erfordert.

Urteil des 2. Senats des O.L.G. vom 29. Okt. 1891. in Sachen S. Martin c. Martin.

1) s. c. 22 § 10 cod. 6, 30. Bayer, Civilproz. 7. Aufl. S. 550.

38.

Schadenersatz wegen Verlöbnisbruch.

Das Thatsächliche ergiebt sich aus den Gründen:

Der Beklagte, welcher das Verlöbnis mit der Klägerin aufgelöst hat, giebt selbst zu, daß die Klägerin durch die Heirat eine gesicherte Existenz gefunden haben würde und es ergiebt sich dies auch aus den Vermögensverhältnissen des Beklagten, wie sie von ihm selbst angegeben werden. Der Beklagte bezieht hienach einschließlich der Wohnungsentschädigung als Werkführer einen Jahresgehalt von 2450 Mk. und daneben etwa 100 Mk. an Diäten und hat aus dem Nachlaß seines Großvaters 1700 Mk. ererbt. Erwägt man, daß die von dem Beklagten ohne jeden von ihrer Seite gegebenen Anlaß verlassene Klägerin gänzlich vermögenslos ist und daß sie, weil erfahrungsgemäß solche Vorfälle für den guten Namen eines Mädchens nachteilig sind, zu einer anderweiten günstigen Verheiratung wenig Aussicht hat, so ist die Annahme begründet, daß der Klägerin durch die Schuld des Beklagten ein Schaden zugegangen ist, und daß die Summe von 2000 Mk., auf welche der vorige Richter zur Ausgleichung dieses Schadens erkannt hat, nicht zu hoch gegriffen ist.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 29. Mai 1891 in Sachen des Werkführers Friedrich Sch. c. die Lydia Sch. Zu vgl. auch das Urteil des 1. Senats vom 25. September 1891 in Sachen Losch c. H.

39.

Scheidung wegen Ehebruchs. Kompensation.

Die Eheleute Schm. lebten schon geraume Zeit getrennt. Der Ehemann ließ sein Hauswesen durch die Witwe Schm. führen. Die Ehefrau erhob gegen ihn Scheidungsklage, weil er mit dieser Witwe Schm. die Ehe gebrochen habe. Der Richter erster Instanz hat den Ehebruch als erwiesen angesehen und sprach die Scheidung der Ehe aus. Sofort nach

Verkündigung dieses erstrichterlichen Urteils richtete der Anwalt der Klägerin ein durch Eilboten zu bestellendes Schreiben an diese, dessen Umschlag überschrieben war: „Frau Johannes Schm. Mathilde geb. D. geschiedene Schm. in M.“ In dem Briefe ist gesagt: In Ihrer Rechtssache mit Ihrem Ehemann wurde erst heute Vormittag 9 Uhr verhandelt und auch das Urteil sofort verkündet. Dieses spricht zwischen Ihnen und Ihrem Ehemann die Scheidung wegen Ehebruchs desselben aus. Ich gratuliere. Achtungsvoll Rechtsanwalt N.

Die Klägerin verlobte sich nun alsbald mit dem Bauer S. und hatte mit demselben geschlechtlichen Umgang. Inzwischen erhob der Beklagte gegen das erstrichterliche Urteil die Berufung und machte in zweiter Instanz einredeweise und, indem er den von ihm angeblich verübten Ehebruch bestritt, widerklagend geltend, die Klägerin habe sich nun selbst eines Ehebruchs schuldig gemacht. Eventuell verlangte Beklagter, Widerkläger die Herstellung des ehelichen Lebens.

Die Klägerin behauptete, geglaubt zu haben, geschieden zu sein. Die auf Scheidung gerichtete Klage und Widerklage wurden abgewiesen und die Klägerin, Widerbeklagte zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt.

Gründe:

Zunächst wurde mit dem ersten Richter der Ehebruch des Beklagten als erwiesen angesehen. Ebenso wurde die Einräumung der Klägerin nicht beanstandet, daß sie mit dem Bauer S. geschlechtlichen Umgang gepflogen habe.

Sodann wurde fortgefahren: Dagegen hat man die Einwendung der Klägerin, sie habe zur Zeit dieses ihres Umgangs mit S. ihre Ehe mit dem Beklagten als bereits aufgelöst angesehen, welchenfalls es am Thatbestande des Ehebruchs auf ihrer Seite fehlen würde, als unerwiesen verworfen.

Denn die von Rechtsanwalt N. der Klägerin auf Grund der Urteilsverkündigung gemachte Mitteilung, der zu Folge durch dieses Urteil die Scheidung zwischen ihr und ihrem Ehemann ausgesprochen worden sei, berechtigte sie noch nicht zur Annahme, daß nunmehr ihre Ehe endgiltig aufgelöst sei. Dieses

Schreiben enthält nemlich lediglich eine Benachrichtigung von der stattgehabten Urteilsverkündigung, sowie von dem wesentlichen Inhalte des Urteils, aber keineswegs eine Andeutung darüber, daß der Rechtsstreit mit diesem Urteil erledigt, dieses bereits rechtskräftig sei.

Daß Rechtsanwalt N. der Klägerin in seinem Schreiben gratuliert und im Eingange derselben sie „geschiedene Sch." bezeichnet, ist unerheblich, zumal da dieser Bezeichnung die auf der Adresse dieses Schreibens enthaltene: „Frau Johannes Sch. . . . Deserta" gegenüber steht. Nach dem Inhalte dieses Schreibens hatte Klägerin sonach keinen genügenden Grund, sich als endgiltig geschieden zu betrachten, und dieses um so weniger, als sie seit Jahren in Prozesse verwickelt war, und wenn auch diese nicht in die höhere Instanz gelangt sind, ihr doch nicht entgangen sein konnte, daß zu Gunsten der unterliegenden Partei Rechtsmittel gegeben sind, daß ein Scheidungsprozeß, wie der von ihr gegen ihren Ehemann anhängig gemachte, leicht mehrere Instanzen zu durchlaufen und diesfalls eine Mehrheit von Urteilen bis zur Erledigung der Sache zu ergehen hat, auch daß ihr Ehemann, welcher den ihm von ihr zur Last gelegten Ehebruch in diesem Rechtsstreite beharrlich bestritt, sich nicht ohne weiteres bei dem ergangenen Urteile beruhigen werde.

Jedenfalls aber konnte Klägerin auf Grund des Bescheids, welchen sie ihrer eigenen Angabe zu Folge vom Ratsschreiber in M. nach Empfang des Schreibens von Rechtsanwalt N. auf Vorzeigen desselben erhielt, darüber, daß sie noch nicht endgiltig geschieden sei, nicht im Zweifel sein. Denn durch die Erklärung des Ratschreibers, es müsse noch etwas vom Landgerichte aus nach M. kommen, daß sie geschieden sei, und wegen der Unkosten, hat ihr derselbe zu verstehen gegeben, daß zunächst noch die erst nach eingetretener Rechtskraft des Urteils erfolgende Mitteilung der Ausfertigung desselben, wie solche mit Rücksicht auf die Berichtigung der Standes- und Familien-Register vorgeschrieben ist, abzuwarten sei, und sie damit darauf aufmerksam gemacht, daß aus dem Schreiben

des Rechtsanwalts N. noch nicht entnommen werden könne, daß die erfolgte Scheidung eine endgiltige sei.

Es hat sodann Klägerin dadurch, daß sie auf diesen Bescheid hin zunächst wiederholt beim Ratsschreiber, und weil diesem nichts zugekommen war, zuletzt bei Rechtsanwalt N. über den Stand der Sache nachgefragt hat, zu erkennen gegeben, daß sie die Sache noch nicht als erledigt, ihre Scheidung noch nicht als eine endgiltige betrachte. Hierauf weist auch hin, daß Klägerin in diesem Rechtsstreite Anfangs den Umgang mit S. geleugnet, und erst nachdem der Beklagtischerseits benannte Zeuge denselben wahrheitsgemäß bezeugt und sich zu seinen Gunsten auf den Irrtum, als ob Klägerin von ihrem Manne endgiltig geschieden sei, berufen hatte, sich diese Verteidigung angeeignet hat; denn wenn sie sich zur Zeit ihres Umgangs mit S. für geschieden angesehen hätte, würde sie keinen genügenden Grund, ihren Umgang in diesem Rechtsstreite zu leugnen, gehabt haben, hätte vielmehr sich sagen müssen, daß sie sich durch ihr Leugnen dem Verdachte aussetze, es sei dieser Umgang im Bewußtsein des Fortbestandes ihrer Ehe erfolgt.

Zog man weiter in Betracht, daß die Art und Weise, in der sich Klägerin mit S. unter Zustimmung ihrer Mutter und Schwester verlobt haben will, auf deren Irrtum, sie sei endgiltig geschieden, darum noch nicht schließen läßt, weil sich dieser Umstand zur Genüge damit, daß sie sich auf Grund des erstrichterlichen Urteils der sicheren Hoffnung, es werde bei demselben sein Verbleiben haben, hingegeben hat, erklärt, so hat man diesen Irrtum der Klägerin nicht einmal insoweit für erwiesen erachtet, daß man derselben einen richterlichen Eid hierüber aufzuerlegen Grund gehabt hätte.

Haben hienach beide Teile die eheliche Treue durch Ehebruch verletzt, so steht keinem derselben ein Anspruch, wegen Ehebruchs des anderen Scheidung zu verlangen, zu, weil durch den beiderseitigen Ehebruch das Klagerecht beider Ehegatten aufgehoben wird [1]).

---

1) Eheord. I cap. 6 § 3.

Dabei ist nicht zu bezweifeln, daß im vorliegenden Falle auch der erst nach Erlassung des Urteils erster Instanz begangene Ehebruch der Klägerin in Aufrechnung gebracht werden darf, da unter dem Endurteile, vor dessen Erlassung nach der angeführten Bestimmung der Eheordnung der aufzurechnende Ehebruch des bis dahin nicht schuldigen Ehegatten verübt sein muß, nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung § 251 Abs. I, 491, 574 im Falle der Erhebung der Berufung dasjenige zu verstehen ist, welches in der Sache vom Berufungsgerichte erlassen wird.

Demgemäß kann eine Scheidung der Parteien nicht Platz greifen. Die gegen das eventuelle Gesuch des Widerklägers vorgebrachten Gründe sind unstichhaltig.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesger. v. 5. Juni 1891 in Sachen Schm. c. Schm. Ehescheidung und Herstellung des ehelichen Lebens betr.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom Reichsgericht verworfen. Hiebei hat das Reichsgericht folgende Sätze ausgesprochen:

Das neue, nicht nur einredeweise, sondern auch zur Begründung der Widerklage benützte Geltendmachen des Ehebruchs der Klägerin von Seite ihres Prozeßgegners erscheint unbedenklich zulässig, da § 574 der Civilprozeßordnung zwischen der ersten und zweiten Instanz nicht unterscheidet und insbesondere seine Anwendbarkeit auf die Berufungsinstanz schon wiederholt vom Reichsgericht anerkannt wurde [1]).

Der Einwand der Klägerin enthält seinem Wesen nach die Behauptung eines Irrtums; dieser aber schließt gleich der unwiderstehlichen Gewalt nach gemeinem, wie nach württembergischen Eherecht den Ehebruch aus [2]).

1) Vergl. Urteil des II. Civilsenats vom 28. Nov. 1882 Entscheidungen, Band 8 S. 350; Urteil des IV. Civilsenats vom 5. April 1886 Entscheidungen, Band 15 S. 288.

2) Walter, Kirchenrecht § 320, Permaneder, § 663, Lang, Handbuch des in Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechts, § 61, Note 11 S. 432; Weber, das staatliche Eherecht in Württemberg, S. 61 vergleichen mit S. 66.

Ebenso ist anzuerkennen, daß derjenige, welcher sich auf einen Irrtum beruft, der Regel nach den Beweis desselben zu erbringen hat [1]) u. s. w. Ferner:

Daß der zweite Richter mit der einmaligen Verfehlung der Frau gegen das fortgesetzte ehebrechische Konkubinatsleben des Ehemannes kompensiert, ist weder nach württembergischem [2]), noch nach gemeinem Rechte zu beanstanden, wie denn auch das Reichsgericht erst jüngst in einem Urteile vom 24. September 1891 den Grundsatz anerkannt hat, daß auch ein einzelner Ehebruch eine absolute Verletzung der ehelichen Treue enthalte, weshalb auch dem Ehegatten, welcher möglicherweise nur einmal die Treue gebrochen habe, die Berechtigung zur Klagestellung ebenso abgesprochen werden müsse, wie demjenigen, welcher sich in gleicher Weise öfter verfehlt hat.

40.

Pfändung von in Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sachen gegen den Willen des letzteren.

Der Bäcker Chr. R. in C. schuldete dem Bäcker K. L. daselbst aus zwei Kostenfestsetzungsbeschlüssen die Summe von 394 Mk. 90 Pfg. Weiterhin schuldeten die in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden R.'schen Eheleute dem K. L. unter solidarischer Haftung ein auf ihrem Wohnhause zu C. unterpfändlich versichertes Darlehen von 670 Mk.

Im Januar 1891 beauftragte L. den Gerichtsvollzieher, wegen der Prozeßkostenschuld gegen R. Fahrnispfändung vorzunehmen. Der Gerichtsvollzieher begab sich demzufolge am 16. Januar in die Wohnung des R. und nahm von dessen Ehefrau 7 Einhundertmarkscheine (Banknoten) in Empfang. Dieselben bildeten den Rest einer Erbschaft von 1945 Mk. 80 Pf., welche der Ehefrau des R. aus dem Nachlaß einer Tante in Breslau zugefallen und kurz vorher ausgehändigt worden

1) fr. 25 pr. D. de prob. 22,3.

2) Eheordnung von 1687. Teil I, cap. VI § 3.

war. Die Scheine verwendete der Gerichtsvollzieher zur Bezahlung der Prozeßkostenschuld von 394 Mk. 90 Pf., sowie zur Befriedigung eines weiteren Gläubigers des R., von welchem gleichfalls ein Pfändungsauftrag wegen einer Forderung von 92 Mk. 90 Pf. vorlag; den Rest gab er der Ehefrau des R. zurück.

Letztere erhob nun unter der Behauptung, daß sie die 7 Einhundertmarkscheine dem Gerichtsvollzieher nicht zur Bezahlung der Prozeßkostenschuld ihres Ehemannes, sondern mit dem Auftrage übergeben habe, hievon die gemeinschaftliche Pfandschuld zu bezahlen, gegen L. Klage auf Erstattung der von diesem inzwischen verbrauchten 394 Mk. 90 Pf.

Der Beklagte bestritt, daß die Uebergabe der Banknoten von Seiten der Klägerin an den Gerichtsvollzieher mit dem Auftrag zur Zahlung der Pfandschuld geschehen sei, behauptete vielmehr, daß der Gerichtsvollzieher die Banknoten, welche gemeinschaftliches Eigentum der R.'schen Eheleute gewesen seien, für die zur Zwangsvollstreckung stehende Prozeßkostenforderung ordnungsgemäß gepfändet habe.

In erster Instanz wurde, nachdem im Laufe des Prozesses die Pfandschuld von den R.schen Eheleuten zurückbezahlt worden war, die Klage nach stattgehabter Beweisaufnahme abgewiesen; auf Berufung der Klägerin ist dieses Urteil abgeändert und der Beklagte zur Erstattung der Klagesumme verurteilt worden.

Das Thatsächliche ergiebt sich aus den Gründen des Berufungsurteils, in welchen nach der Feststellung, daß Klägerin auch noch zur Zeit der Uebergabe der Banknoten an den Gerichtsvollzieher ausschließliche Eigentümerin derselben gewesen sei, ausgeführt wird:

Es kann dahingestellt bleiben, ob Klägerin die Banknoten dem Gerichtsvollzieher mit dem von ihr behaupteten Auftrage übergab, hievon die Pfandschuld zu bezahlen. Auch wenn die Banknoten vom Gerichtsvollzieher behufs der Befriedigung des Beklagten um seine Prozeßkostenforderung gepfändet wurden, ist dieser zur Erstattung der empfangenen Zahlung ver-

pflichtet, falls die Pfändung, wie Klägerin in zweiter Linie geltend gemacht hat, eine ungesetzliche war.

Dieser Fall liegt aber vor. Nach den §§ 712 und 713 der C.-P.-O. sind der Pfändung unterworfen körperliche Sachen, die sich im Gewahrsame des Schuldners oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden. Die Klägerin bestreitet das Zutreffen der einen und der andern dieser Voraussetzungen; sie behauptet vielmehr, daß sie den ausschließlichen Gewahrsam an dem Gelde ausgeübt habe und daß dasselbe gegen ihren Willen gepfändet worden sei.

Beides erscheint als erwiesen.

1. Nach den für die landrechtliche Errungenschaftsgesellschaft geltenden Grundsätzen hat der Ehemann als das Haupt der Familie ein Recht auf den Besitz und die Verwaltung des Sonderguts der Ehefrau, soweit dasselbe nicht zufolge Vereinbarung der Ehegatten der ausschließlichen Verwaltung der Ehefrau als Eigengut vorbehalten wird. Da, wie der Ehemann der Klägerin bezeugt, aus der dieser angefallenen Erbschaft verschiedene von der Haushaltung herrührende Schulden bezahlt wurden und auch die restlichen 700 Mk. zur Bezahlung der gemeinschaftlichen Pfandschuld bestimmt waren, so kann zwar nicht angenommen werden, daß dieses Geld die Eigenschaft eines vorbehaltenen Gutes hatte. Dadurch wird jedoch ein Gewahrsam der Ehefrau an dem Gelde nicht ausgeschlossen. Unstreitig hat Klägerin die Erbschaft gegen eine von ihr ausgestellte Quittung von der Post in Empfang genommen; damit hat sie den Gewahrsam an den Banknoten erworben. Daß sie denselben auf ihren Ehemann übertragen hätte, ist nicht dargethan; Beklagter will dies lediglich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum der Kl.'schen Eheleute an den Banknoten folgern; ein solches bestand aber, wie schon gezeigt wurde, nicht, vielmehr waren die Banknoten auch noch zur Zeit ihrer Uebergabe an den Gerichtsvollzieher im ausschließlichen Eigentum der Klägerin. Die Thatsache, daß Klägerin dieselben in die gemeinschaftliche Wohnung verbrachte, ist sodann für sich allein nicht geeignet, die Annahme eines

Gewahrsams des Ehemanns zu begründen. Denn nach seinem nicht schlechthin unglaubwürdigen Zeugnis hat Klägerin das Geld nicht ihm gegeben, sondern dasselbe sofort zur Hand genommen und bei sich verwahrt, und es will der Ehemann nicht einmal gewußt haben, wo seine Frau das Geld aufbewahrt hatte. Die Klägerin war es denn auch, welche die Banknoten herbeiholte, dem Gerichtsvollzieher übergab und dabei die Bestimmung traf, es solle damit die Hypothek bezahlt werden, ohne daß sich ihr Ehemann hiebei irgendwie einmischte; sie hat auch in der Folge, als ihr der Gerichtsvollzieher den Ueberschuß von 213 Mk. zurückbrachte, jenem Eine Banknote behufs Vereinigung der Steuerschuld wieder ausgehändigt. Anders als daß Klägerin das Geld im Gewahrsam habe, wurde die Sache auch nicht vom Gerichtsvollzieher aufgefaßt. Nach dem ganzen Inhalt seines Zeugnisses hat er nicht den Ehemann, sondern die Klägerin als die Person angesehen, mit welcher er wegen der Uebergabe der 700 Mk. verhandle, und er hat dieser seiner Ansicht noch dadurch einen unzweideutigen Ausdruck verliehen, daß er laut des Zwangsvollstreckungsprotokolls der Klägerin Quittung über die bezahlte Summe verabreichte, den Ueberschuß von 213 Mk. ihr zurückgab und das Protokoll nicht von ihrem Ehemann, sondern von der Klägerin unterzeichnen ließ.

2. Waren hiernach die Banknoten bei ihrer Uebergabe an den Gerichtsvollzieher nicht bloß im Eigentum, sondern auch im Gewahrsam der Klägerin, so erscheint dieselbe, da der Vollstreckungstitel nur gegen ihren Ehemann lautete, als Dritter im Sinne des § 713 der C.-P.-O., mag sie auch civilrechtlich bis zur Hälfte des Schuldbetrages mithaftbar sein, und es konnte daher eine Pfändung der Banknoten rechtsgiltig nur erfolgen, wenn Klägerin zu ihrer Herausgabe bereit war. Sie hat nun zwar die Banknoten dem Gerichtsvollzieher selbst übergeben, so daß es zu einer Wegnahme derselben nicht gekommen ist. Sie erklärte jedoch nach dem Zeugnis des Gerichtsvollziehers nicht nur sofort beim Herbeibringen der Scheine „mit diesen 700 Mk. solle die Hypothekenschuld gegen Lutz be-

zahlt werden", sondern sie hat auch auf die Erwiderung des Gerichtsvollziehers: „hiezu habe er keinen Auftrag, sie solle ihm das Geld herausgeben" sich zu dessen Herausgabe nur unter der ausdrücklichen Bedingung bereit erklärt: „wenn er das Geld auf das Rathaus nehme und die Hypotek bezahle"; und es bezeugte der Gerichtsvollzieher fernerhin, daß er im Verlauf der Verhandlungen zu der Klägerin gesagt habe: er nehme das Geld mit auf das Rathaus, damit Lutz doch mit Etwas befriedigt sei. Der Gerichtsvollzieher will zwar nicht mehr wissen, ob er diese Aeußerung vor oder nach dem Empfang des Geldes gethan habe, und er will bei derselben die Bezahlung der Prozeßkostenschuld, nicht die Hypothekenschuld im Auge gehabt haben. Allein da im Fall der Bezahlung der Prozeßkostenschuld der Beklagte Alles erhalten hätte, wozu er Vollstreckungsauftrag gegeben hatte, und da zur Zahlung dieser Schuld keine 700 Mk. notwendig waren, sondern einschließlich der weiter noch zur Zwangsvollstreckung stehenden Schuld 500 Mk. genügt hätten, so kann und konnte die Aeußerung: „damit Lutz doch mit Etwas befriedigt sei" nur von der Bezahlung der Hypothekenschuld verstanden werden; und man ist nach der bestimmten Weigerung der Klägerin, das Geld zur Bezahlung der Prozeßkostenschuld herzugeben, auch zu der Annahme berechtigt, daß sie erst auf die Zusage des Gerichtsvollziehers hin, das Geld auf das Rathaus mitzunehmen d. h. dasselbe zur Zahlung der Pfandschuld zu verwenden, ihm die Banknoten ausgefolgt habe. Hiernach war aber die Klägerin zur Herausgabe der Banknoten zum Zwecke der Pfändung für die Prozeßkostenschuld ihres Ehemannes keineswegs bereit, hat solche vielmehr aufs Entschiedenste verweigert. — Aber auch in der Folge hat Klägerin an ihrem Widerspruch gegen die Pfändung festgehalten. Ein nachträgliches Einverständnis mit derselben kann weder daraus, daß sie die ihr vom Gerichtsvollzieher zurückgebrachten 213 Mk. annahm, noch daraus, daß sie das Zwangsvollstreckungsprotokoll unterzeichnete, abgeleitet worden. Sie ersah jetzt allerdings, daß der Gerichtsvollzieher die 700 Mk. nicht zur Zahlung der Hypotheken-,

sondern der Prozeßkostenschuld an sich genommen hatte. Indem sie aber das Protokoll unterzeichnete, hat sie damit nur die Richtigkeit der darin enthaltenen Beurkundung anerkannt, die ja nicht unerwähnt ließ, daß sie die 700 Mk. dem Gerichtsvollzieher übergeben habe, um damit „die Hypothek von 670 Mk. an Lutz zu bezahlen.“ Bei der Annahme der 213 Mk. hat sie sodann nicht unterlassen, gegen die etwa hieraus abzuleitende Folgerung ihres Einverständnisses mit der Zahlung der Prozeßkostenschuld zu protestieren, sofern sie nach dem Zeugnis des Gerichtsvollziehers noch vor der Unterzeichnung des Protokolls erklärte, daß sie mit der Verwendung des Gelds zur Zahlung der Prozeßkostenschuld nicht einverstanden sei: eine Erklärung, die nach der ganzen Sachlage nicht als ein bloßer Ausdruck des Bedauerns über das Schicksal des Geldes, sondern als Protest gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers aufzufassen ist.

Eine solche ungesetzliche Pfändung, wie sie hiernach der Klägerin gegenüber stattfand, enthält eine widerrechtliche, eigenmächtige Besitzentziehung, welche die Spolienklage begründet [1]).

Der Beklagte, der auf diese Weise durch den Gerichtsvollzieher, welcher bei Ausführung der Zwangsvollstreckung als sein Beauftragter handelte, das Geld der Klägerin in sein Vermögen brachte, kann sich daher zur Rechtfertigung seines Erwerbs auf jenen ungesetzlichen Akt nicht berufen und ist deshalb zur Herausgabe des Geldes verpflichtet.

Für diese Verpflichtung ist es auch unerheblich, ob die zur Zwangsvollstreckung gebrachte Schuld eine Sozialschuld der R.'schen Ehegatten war und Klägerin demgemäß für die Hälfte derselben haftete, da Beklagter hierwegen einen Zwangsvollstreckungstitel nicht erwirkt hatte. Steht aber dem Beklagten noch jetzt eine Forderung gegen die Klägerin auf Bezahlung der Hälfte der Prozeßkostenschuld zu, so kann es sich, wovon auch der Beklagte ausgeht, nur um die Aufrechnung dieser Forderung gegen den Klageanspruch handeln. Die Einrede der Kompensation, falls sie bei der gegen die Klägerin

1) Entscheid. des Reichsgerichts. B. 14, S. 358 ff.

verübten Eigenmacht überhaupt statthaft sein sollte [1]), ist aber nach § 491 Abs. 2 der C.-P.-O. unzulässig, sofern durch dieselbe in dieser Instanz ein neuer Anspruch erhoben wird, ohne daß glaubhaft gemacht oder auch nur behauptet wurde, daß Beklagter ohne sein Verschulden außer Stande gewesen sei, denselben in I. Instanz geltend zu machen.

Hiernach war unter Abänderung des angefochtenen Urteils der Beklagte zur Bezahlung der Klagesumme von 394 Mk. 90 Pf. nebst Prozeßzinsen und als gänzlich unterliegender Teil auch zur Tragung sämmtlicher Prozeßkosten zu verurteilen.

Entscheidung des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 31. März 1892 in Sachen der M. R., Ehefrau des Bäckers Chr. R. von C., Klin, Bfgsklin, gegen den Bäcker K. L. von da, Bekl. Bfgsbekl., Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung betreffend.

41.

Pfändung der beweglichen Pertinenz einer unbeweglichen Sache. Kann die Pertinenz durch den Pfändungsakt einem bestehenden Unterpfandsverband entzogen werden?

Der Beklagte ließ am 19. Dez. 1891 bei dem Kreuzwirt S. in Herrlingen behufs der Beitreibung einer Prozeßkostenforderung von 183 Mk. zwei Stücke Vieh im Anschlag von 350 Mk. pfänden und aus dem Stall des Schuldners abführen, worauf ihre Unterbringung im Wohnort des Gerichtsvollziehers (Blaubeuren) und hernach ihre Versteigerung durch letzteren erfolgte. Der Kläger, welchem an der Liegenschaft desselben Schuldners sowie gemäß Art. 3 und 51 des Pfandgesetzes an dem gesamten dazu gehörigen Wirtschafts- und Gutsinventar ein Unterpfandsrecht d. d. 30. Januar 1890 für eine Darlehensschuld von 13000 Mk. bestellt war, erhob während der Dauer des Vollstreckungsverfahrens eine Klage bei dem zuständigen Landgericht, womit er u. a. seine vorzugsweise Befriedigung aus den gepfändeten Objekten, und nachdem der Erlös der letzteren mit 138.13 Mk. an den

[1]) Entscheid. des Reichsgerichts. B. 19 S. 237.

Beklagten ausgefolgt worden war, die Rückzahlung dieses Betrags an seine Person beanspruchte.

Die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen, indem in der vollzogenen Wegschaffung der gepfändeten Tiere aus dem Anwesen des Schuldners die Aufhebung ihrer Pertinenzeigenschaft mit der Wirkung des Erlöschens des Unterpfandsrechts erblickt wurde. Auf die eingelegte Berufung wurde jedoch abändernd erkannt und der Beklagte gemäß dem Klagantrag verurteilt. In den Gründen ist ausgeführt:

Bewegliche Zubehörden einer unbeweglichen Sache, an welchen ein Unterpfandsrecht nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 2 des württ. Pfandgesetzes bestellt ist, sind der Mobiliarzwangsvollstreckung nach §§ 712 ff. der C.-P.-O. nicht entzogen. Denn das Pfandgesetz hat zwar, indem es ausnahmsweise zuließ, daß Unterpfandsrechte an beweglichen Dingen, nämlich an solchen, welche Pertinenzen von Immobilien sind, bestellt werden, dieselben in Verbindung mit der Hauptsache der Immobiliarzwangsvollstreckung zu Gunsten des Unterpfandsgläubigers unterworfen, es ist aber in keiner seiner Bestimmungen dazu übergegangen, diesen Gegenständen für die Dauer des Pfandverbands die Eigenschaft von unbeweglichen Sachen zu verleihen und die Anwendbarkeit der für den Verkehr mit Mobilien maßgebenden Vorschriften in Beziehung auf dieselben, auszuschließen. Die verpfändete Pertinenz ist daher fähig, als Bestandteil des beweglichen Vermögens vom Eigentümer veräußert, zu Faustpfand gegeben, von einem Dritten ersessen zu werden; sie kann daher auch von der Pfändung durch den zuständigen Gerichtsvollzieher ergriffen werden [1]).

Die Haftung der verpfändeten Zubehörde auf Grund des an ihr bestellten Unterpfandsrechts beruht auf ihrem Zusammenhang mit der unbeweglichen Hauptsache, was eine wesentliche Beschränkung der Existenz dieses Rechts zur Folge hat. Denn nach Art. 3 Abs. 2 des Pfandgesetzes können bewegliche Dinge, welche Zugehörungen von Immobilien sind,

1) Vergl. Jahrb. d. W. Rechtspfl. Bd. I, S. 282 u. ff.

solange sie diese Eigenschaft haben, verpfändet werden, und Art. 51 das. bestimmt für den Fall der stattgehabten Verpfändung einer Gesamtheit von beweglichen Zugehörungen, daß dem Pfandrecht alle die einzelnen, auch später erworbenen Sachen, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage jene Eigenschaft haben, unterliegen. Dieses singuläre Unterpfandsrecht an einer beweglichen Sache ist daher nach der richtigen und heutzutage kaum mehr bestrittenen Gesetzesauslegung [1]) mit seiner rechtlichen Wirksamkeit an die Fortdauer der die Pertinenzeigenschaft begründenden Beziehung der beweglichen Sache zu der mitverpfändeten Hauptsache gebunden; es erlischt, wenn dieselbe aus dem Zusammenhang mit der Hauptsache, in welchem sie nach der Bestimmung der Beteiligten sei es entsprechend der Natur der Sache oder als sog. gewillkürte Pertinenz [2]) dem gegebenen wirtschaftlichen Zwecke dient, thatsächlich ausscheidet. Wenn nach der richtigen Ansicht die Pertinenzeigenschaft zwar durch die Uebertragung des Eigentumsrechts an eine dritte Person noch nicht aufgehoben wird [3]), so tritt doch der Wegfall derselben unzweifelhaft dadurch ein, daß die Sache unter endgültiger Lösung ihrer räumlichen Verbindung mit der Hauptsache, vermöge deren sie ihre Zweckbestimmung zu erfüllen geeignet ist, in den Besitz des dritten Erwerbers übergeht. Hiernach geht durch die Entziehung der Sache aus dem Besitz des Verpfänders regelmäßig auch das Pfandrecht an derselben verloren, ohne daß der Erlös der veräußerten Sache an Stelle der letzteren treten würde. Es ist klar, daß auch die Ausführung der Mobiliarzwangsvollstreckung den Unterpfandsgläubiger der Gefahr dieses Verlusts seiner Rechte infolge der Trennung der Zubehörde von dem verpfändeten Grundstück aussetzt.

Die Frage, ob der Pfandgläubiger, um sich gegen diesen Verlust zu schützen, der Inanspruchnahme seines Pfandobjekts

1) Vergl. Wächter, Erörterungen, Heft 1 S. 47 ff.; Römer, württ Unterpfandsrecht, S. 119 f.; Lang, Sachenrecht, II. Teil S. 167

2) Vergl. § 67 f. der Hauptinstruktion z. Pfandges.

3) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, B. 28 S. 148.

mit einer Widerspruchsklage nach § 690 der Civ.-P.O. entgegentreten kann, ist schon bei früherer Gelegenheit[1]) verneinend entschieden worden. Wenn auch der § 710 der Civ.P.O. mit seiner Bestimmung, daß ein Dritter, nicht im Besitze der Sache Befindlicher, der Pfändung derselben auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen könne, nur diejenigen Rechte, welche an Mobilien als solchen bestehen, im Auge haben mag, so daß diese Vorschrift eine Widerspruchsklage des Unterpfandsgläubigers nicht ausschließen würde[2]), so ist doch damit die wesentliche Voraussetzung einer solchen Klage, daß nämlich dem Kläger ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Sache zustehe, noch nicht nachgewiesen. Da das Unterpfandsrecht ebenso wie das Mobiliarpfandrecht einer Veräußerung seines Gegenstands begrifflich nicht entgegensteht, und keine positive Vorschrift des bürgerlichen Rechts dem Unterpfandsgläubiger die spezielle Befugnis giebt, der Veräußerung der ihm verpfändeten Pertinenz wegen ihrer Folgen für den Bestand seines Rechts entgegenzutreten, so müßte der Schutz seines Rechts aus § 690 der Civ.P.O. nur dann für ihn in Anspruch genommen werden, wenn ihm kein anderer Ausweg um den Verlust von sich abzuwenden, übrig bliebe. In § 710 der Civ.P.O. ist nun aber den Pfandberechtigten in Beziehung auf die von ihnen zu duldende Mobiliarzwangsvollstreckung das Hilfsmittel dargeboten, im Weg einer gegen den Pfändungspfandgläubiger und nach Bedarf auch gegen den Schuldner zu richtenden Klage ohne Rücksicht auf die Fälligkeit ihrer Forderung den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös des Pfandobjekts und damit den wesentlichen Inhalt ihres dinglichen Rechts an demselben geltend zu machen. Diese Vorschrift kommt zwar der Mobiliarhypothek im Sinne des gemeinen Rechts nicht zu gut, weil

---

1) Urteil des Oberlandesgerichts in Sachen Strauß und Bauer geg. Roschmann und Gen vom 20. Nov. 1884, veröffentlicht in Bd. I dieser Jahrbücher, S. 282 ff.

2) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts, B. 17 S. 325.

dieselbe zu den in § 41 der Konk.O. aufgeführten Pfand- und Vorzugsrechten nicht gehört, und deshalb nach § 709 der Civ.P.O. hinter dem Recht des Pfändungspfandgläubigers zurückstehen muß. Allein das württ. Unterpfandsrecht an der in Verbindung mit einer Immobilie verpfändeten Zubehörde ist eine Immobiliarhypothek; sein Gegenstand unterliegt für den Pfandgläubiger der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, wie er gleichzeitig der Mobiliarzwangsvollstreckung zu Gunsten des dritten Gläubigers unterworfen ist. Hieraus ist nicht die Folgerung zu ziehen, daß der Unterpfandsgläubiger sein Recht, weil es ihm nicht als Recht an einer beweglichen Sache zustehe, nach Maßgabe des § 710 zur Geltung zu bringen außer Stand sei. Sein im materiellen Recht begründeter Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös der Sache fordert die Möglichkeit einer solchen Geltendmachung, wie die unbeschränkte Fassung des § 710 dieselbe zuläßt. Der Unterpfandsgläubiger kann daher verlangen, daß das Ergebnis eines gegen sein Pfandobjekt gerichteten Vollstreckungsverfahrens ihm selbst nach Maßgabe seines Vorrechts zu gut komme, wobei nach allgemeinen Grundsätzen die Priorität seines Rechtes entscheidet [1]).

Diese Befriedigung des Unterpfandsgläubigers könnte nun freilich in jedem vorkommenden Fall vereitelt werden, wenn der pfändende Gläubiger es in der Hand hätte, mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung die Trennung der Pertinenz und damit das Erlöschen des Unterpfandsrechts herbeizuführen. Da die dem Gerichtsvollzieher aufgetragene Pfändung nach der Vorschrift des Gesetzes (§ 712 der Civ.P.O.) dadurch zu vollziehen ist, daß derselbe die im Gewahrsam des Schuldners angetroffene Sache in Besitz nimmt, und da die gepfändeten Gegenstände nur mit Einwilligung des pfändenden Gläubigers oder bei erheblicher Schwierigkeit einer anderweitigen Unterbringung im Gewahrsam des Schuldners zu

1) Zu vergl. Wilmowski-Levy, Com. zur Civ.P.O., IV. Aufl. Anm. 1a zu § 710; Gaupp, Commentar, Bd. III S. 264; Seuffert's Archiv, Bd. 38 Nr. 305.

belassen sind, so könnte es als eine Konsequenz der gesetzlichen Bestimmungen erscheinen, daß durch das Einschreiten des Gerichtsvollziehers mit der Pfändung wenigstens in denjenigen Fällen, in welchen mit letzterer eine räumliche Trennung der Pertinenz von der Hauptsache vor sich geht, das Recht des Unterpfandsgläubigers seinen Gegenstand verliere und eben damit hinfällig werde. Allein es kann nicht anerkannt werden, daß schon durch die Pfändung des Gerichtsvollziehers eine so durchgreifende Aenderung in dem Pertinenzverhältnis des Pfandobjekts, welche den Verlust des Unterpfandsrechts zur Folge hätte, herbeigeführt werde, und es ist ebensowenig zuzugeben, daß es der Willkür des dritten Gläubigers überlassen sei, durch einen hierauf berechneten Pfändungsauftrag mit Hilfe des Gerichtsvollziehers der Geltendmachung der Rechte des Unterpfandsgläubigers zuvorzukommen und dieselbe unmöglich zu machen.

Wenn es auch seine Richtigkeit hat, daß das Pertinenzverhältnis in einer räumlichen Verbindung der Zubehör mit der Hauptsache seine Verwirklichung finden muß, so ist es doch nicht in der Weise vom rein thatsächlichen Zustand abhängig zu denken, daß jede, wenn auch nicht auf die Dauer vorgenommene Störung des letzteren seine Aufhebung mit sich brächte [1]). Die durch den pfändenden Gerichtsvollzieher bewirkte Trennung der Zubehörde ist nun zwar dazu bestimmt, den Verkauf und Uebergang derselben in den Besitz eines dritten Erwerbers vorzubereiten; der gepfändeten Sache wird jedoch durch die Besitzergreifung des Gerichtsvollziehers noch keine neue wirtschaftliche Bestimmung verliehen, auch wird sie noch nicht der freien Verfügung eines neuen Eigentümers unterworfen. Und wenn auch durch die Pfändung ein Recht des Gläubigers auf abgesonderte Befriedigung an der Sache begründet werden soll, so ist doch jenes Recht nur als Mittel zur Erreichung des letzteren Zwecks zu betrachten, und können im Lauf des Vollstreckungsverfahrens entgegenstehende Rechte Dritter geltend

1) Vergl. auch § 789 Abs. 2 des Entw. e. Bürg.G.B. f. d. D. R.

gemacht werden, welche ebenso, wie eine dem Gläubiger zu Teil gewordene anderweitige Befriedigung, zur Wiederaufhebung der Pfändung führen können.

Hienach ist es begründet, die Pfändung und Besitzergreifung des Gerichtsvollziehers als einen provisorischen, die Pertinenzeigenschaft des Gegenstands nicht berührenden Akt zu betrachten, und erst in der Veräußerung und Tradition der Sache ihre endgiltige Trennung von der Hauptsache zu erblicken.

Auch die erklärte Absicht des Gläubigers, die zu pfändende Pertinenz ihrer Verbindung mit der Hauptsache und damit dem Recht des Unterpfandsgläubigers zu entziehen, kann keineswegs ein anderes Resultat herbeiführen. Denn der von dem Gläubiger beauftragte Gerichtsvollzieher, welcher als Organ der Staatsgewalt in die Rechtssphäre des Schuldners eingreift, hat keine anderen als die gesetzlich vorgeschriebenen Rechtshandlungen in Beziehung auf die zur Vollstreckung herangezogenen Vermögensstücke desselben vorzunehmen, und ist nicht berufen, mit seiner Pfändung und Inbesitznahme des Gegenstands auf dessen Pertinenzverhältnis im Widerspruch mit den Absichten oder Verpflichtungen des Schuldners, dessen Wille demselben die Pertinenzeigenschaft verliehen hat, ändernd einzuwirken. Würde insbesondere der Schuldner selbst im Fall einer absichtlichen Beseitigung des Pertinenzverbands sich einer Verletzung des Rechts, das er dem Unterpfandsgläubiger eingeräumt, schuldig machen, was überall da anzunehmen wäre, wo ihm nicht eine Verkaufsbefugnis, beispielsweise in Beziehung auf die bestimmungsmäßig wechselnden Bestandteile einer verpfändeten Sachgesamtheit (eines Warenlagers und dgl.) vertragsmäßig zustehen würde [1]), so könnte auch der

1) Anm d. Eins. Die Befugnis des Schuldners, einzelne Bestandteile der verpfändeten Sachgesamtheit im Weg der Veräußerung aus dem Unterpfandsverband loszulösen, wird in Fällen dieser Art stets als stillschweigend vorbehalten gelten können Von dem Pfandgläubiger kann die vor seiner Klagerhebung vorgenommene Veräußerung des Schuldners, auch wo sie mit Verletzung seines Rechts geschieht, allerdings nicht angefochten werden; sein Recht ist ein unvollkommen geschütztes.

Gerichtsvollzieher nicht für legitimiert erachtet werden, eine endgiltige Trennung der Pertinenz mit bewußter Schädigung des gesetzlich begründeten fremden Rechts zum Vorteil seines Auftraggebers auszuführen. Hiegegen läßt sich nicht einwenden, daß die Veräußerung der Sache durch den Gerichtsvollzieher den Verlust des Unterpfandsrechts jedenfalls zur Folge habe. Denn diese enthält keine Beschädigung des Pfandgläubigers, wenn demselben die Möglichkeit gegeben ist, in dem eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren seinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös der Sache geltend zu machen. Dagegen wäre der Pfandgläubiger allerdings dem Verlust seiner Rechte schutzlos preisgegeben, wenn der Gerichtsvollzieher schon mit dem Akt der Pfändung die Wirkung einer endgiltigen Beseitigung des Pertinenz- und Pfandverbands herbeizuführen im Stande wäre. . . .

Urteil des 2. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 14. Juli 1892 in Sachen des Abraham B. Mayer in Laupheim gegen Samuel Maier in Ichenhausen, Pfandrecht betreffend.

42.

1. Privatrechtlicher Anspruch auf Verbietung der Führung eines bestimmten Familiennamens, welche sich ein Dritter unbefugt angemaßt hat, nach gemeinem, württembergischen und züricher Recht, sowie überhaupt nach den Grundsätzen des modernen Rechts. Voraussetzung dieses Anspruchs. Unerheblichkeit der Beifügung des eigenen Familiennamens zu dem angemaßten fremden Familiennamen.

2. Ungültigkeit eines Arrogationsvertrags wegen mangelnder Ernstlichkeit des Willens der Kontrahenten und wegen Nichtübereinstimmung des Inhalts der über den Vertrag aufgenommenen, dem Gericht zur Bestätigung vorgelegten Urkunde mit dem Inhalt des wirklich abgeschlossenen Vertrags.

In einem im September 1889 vollzogenen Arrogationsvertrag erklärte der am 28. Januar 1890 verstorbene Forstmeister von O. auf B. im Kanton Zürich, ein Mitglied der

in Zürich verbürgerten und korporativ organisierten Familie von O., den Major a. D. B. auf Schloß M. in Württemberg und dessen sämtliche Abkömmlinge, unter andern auch dessen Tochter Ottilie, die jetzige Beklagte, an Kindes Statt anzunehmen zu wollen, so daß die Angenommenen alle Rechte der ehelichen Nachkommen, namentlich auch das Recht haben sollten, seinen Namen von O. nebst ihrem bisherigen Namen B. zu führen.

Nachdem der Arrogationsvertrag von dem Amtsgericht B. trotz wiederholter Einsprachen der Familie von O. bestätigt und der diese Bestätigung aufhebende Beschluß des Landgerichts von dem Oberlandesgericht aufgehoben war, teilte der Bevollmächtigte der Kinder des im Jahr 1889 verstorbenen Majors a. D. B. der Familie O. zu Händen ihres Bevollmächtigten in einem Schreiben vom 22. Juli 1890 mit, daß nach nunmehriger Bestätigung des Arrogationsvertrags vom September 1889 seine Auftraggeber den Namen B.-O. anzunehmen entschlossen seien.

Auf dies hin erhoben die durch die statutenmäßige Kuratel vertretene Familie von O., eventuell die teils im Kanton Zürich, teils in andern Schweizer Kantonen, teils in Oesterreich wohnhaften Kläger als sämtliche Mitglieder der Familie von O. Namens dieser Familie und zugleich für sich Klage gegen die Beklagte, in welcher der Antrag gestellt wurde, zu erkennen, daß die Beklagte nicht befugt sei, den Namen O. zu führen und deshalb die Führung dieses Namens zu unterlassen habe. Das Landgericht erkannte entsprechend diesem Antrag, und die hiegegen eingelegte Berufung der Beklagten wurde von dem Oberlandesgericht aus nachstehenden Gründen zurückgewiesen:

1. Die erhobene Klage ist gestützt auf die Thatsache, daß nach der Erklärung der Deszendenten des verstorbenen Majors B. in M. vom 22. Juli 1890 dieselben, so auch die Beklagte, nach der gerichtlichen Bestätigung des Arrogationsvertrags vom September 1889 den Namen B.-O. anzunehmen entschlossen sind. Hierin erblicken die Kläger eine Prätention ihres Familiennamens v. O. (d'O.), und zwar eine unbe-

fugte Anmaßung dieses Namens, weil der Arrogationsvertrag, auf welchen die Beklagte sich stützte, nichtig sei. Die Klage bezweckt, ohne daß zugleich die Feststellung der Nichtigkeit des Arrogationsvertrags beantragt wird, nur ein Urteil dahin, daß die Beklagte nicht befugt sei, den Namen O. zu führen, und deshalb die Führung dieses Namens zu unterlassen habe, da in der unbefugten Führung des klägerischen Familiennamens ein Eingriff in die Privat- speziell Familienrechte der Kläger enthalten sei, insbesondere der Schein erweckt werde, als ob die Beklagte durch Geburt oder Rechtsakt Angehörige der Familie von O. oder eines ihrer Mitglieder geworden sei.

II. Die Beklagte bestreitet in erster Linie, daß der von den Klägern geltend gemachte Anspruch im Wege der Civilklage verfolgt werden könne, also daß der Rechtsweg zulässig sei.

In dieser Beziehung kann zunächst nicht in Zweifel gezogen werden, daß die Beklagte das Recht zur Führung des Namens B.-O. den Klägern gegenüber aus dem zwischen ihr, beziehungsweise ihren Brüdern einerseits und dem verstorbenen Forstmeister Karl Anton Ludwig v. O., einem Mitgliede der in Zürich korporativ organisierten Familie v. O., abgeschlossenen Arrogationsvertrage und zwar ausschließlich aus diesem, demnach nur aus einem privatrechtlichen Akte herleitet. Nicht nur bildet die Erklärung der Beklagten und ihrer Brüder vom 22. Juli 1890 den Abschluß der langen vor verschiedenen Behörden geführten Verhandlungen, welche — wesentlich hervorgerufen durch die Opposition der Familie v. O. gegen die Seitens des Forstmeisters von O. und des Majors B., sowie nach dessen Tode Seitens der Deszendenten desselben gefaßten und festgehaltenen Pläne des Arrogationsvertrags — endlich zu dem Beschlusse des Oberlandesgerichts vom 6./20. Juni 1890 führten, durch welchen den streitenden Teilen zu erkennen gegeben wurde, daß, nachdem einmal das k. Amtsgericht B. am 26. Januar 1890 innerhalb seiner Kompetenz dem Arrogationsvertrag die gerichtliche Bestätigung erteilt habe, über die Frage der Rechtsgiltigkeit dieses Bestätigungsbeschlusses

und des Arrogationsvertrags selbst nur im Rechtsweg entschieden werden könne. Jene Erklärung führt auch unzweideutig diesen Arrogationsvertrag als Quelle des Rechtes, den Namen B.O. zu führen, für die B.schen Deszendenten an, indem sie den Entschluß der letzteren, diesen Namen anzunehmen, ausschließlich auf die „nunmehrige gerichtliche Bestätigung des Vertrages" stützt. Gerade gegen den in solcher Weise begründeten Anspruch der Beklagten richtet sich die Klage.

Es ist nun allerdings für das gemeine Recht noch streitig, ob das Recht auf die Führung eines bestimmten Familiennamens auch den im Wege des Civilprozesses verfolgbaren Anspruch gegen einen Dritten, welcher sich unbefugt die Führung desselben Familiennamens anmaßt, auf Unterlassung dieser Anmaßung in sich begreift. Es hat sich aber in der Theorie, wie in der Praxis des gemeinen Rechts die Ansicht befestigt, daß gemäß der unleugbar privatrechtlichen Natur des Rechtes auf einen bestimmten Familiennamen und der Bedeutung der Familiennamen im Rechtsleben als äußerer allgemein, gesetzlich anerkannter Kennzeichen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie diesem Rechte der privatrechtliche Schutz auch gegen unberechtigte Anmaßung desselben Familiennamens von Seiten eines dritten nicht zu der durch diesen Namen gekennzeichneten Familie Gehörenden zu gewähren sei, wenigstens dann, wenn in concreto die unbefugte Führung des Namens objektiv geeignet ist, den Schein der Zugehörigkeit zu der Familie, welche den Namen führt, zu erregen[1]).

1) s. gegen Einert, Erörterungen S. 98, 109 f., Gerber, deutsches Privatrecht § 34 Note 1, Stobbe, deutsches Privatrecht III, § 163, S. 152 f.; Hermann im Archiv für civil. Praxis, Bd. 45 S. 153 f. 315 f., Gareis in Busch, Archiv für Handelsrecht, Bd. 35 S. 197, Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 153 Nr. 13, Dernburg, Pand. I § 22, Kohler, das Recht des Markenschutzes, S. 10 ff., sowie in einem bei den Akten zweiter Instanz liegenden Gutachten, Laband in demselben Gutachtenheft S. 21 ff.; Sarwey im württemb. Archiv, Bd. 15 S. 18 Anm. 25; derselbe in „öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege" S. 432 ff., vergl. auch Ihering in Jahrb. für Dogmatik,

Die da und dort in Ansehung der Statthaftigkeit eines derartigen privatrechtlichen Einsprache- und Verbietungsrechtes beigefügte an sich gewiß zu billigende Beschränkung, daß nämlich die Klage nicht zuzulassen sei, wo es sich um einen der bekannten, vielen unter sich in keinerlei Beziehung stehenden Familien gemeinsamen Namen handelt (z. B. Schulze, Maier, Müller ꝛc.), bezieht sich nicht auf die Zulässigkeit des Rechtsweges, sondern fällt zusammen mit der Frage, ob in concreto die unbefugte Annahme eines bis dahin nicht zuständigen Familiennamens die Anmaßung des Namens einer bestimmten (der klagend auftretenden) Familie, einen Eingriff in die Rechte der Mitglieder dieser Familie enthalte, die Klage also thatsächlich begründet sei. Andererseits ist aber allgemein anerkannt, daß mit der Klage auf Verbietung und Unterlassung der unbefugten Namensannahme nicht zugleich die Klage auf Feststellung der Richtigkeit oder rechtlichen Bedeutungslosigkeit des vielleicht in Mitten liegenden Aktes, auf den der Dritte sein Recht zur Führung des Namens stützt, verbunden werden muß, wenn auch selbstverständlich die Klage solchenfalls mit sich bringt, daß über die rechtliche Bedeutung des Aktes zu entscheiden ist.

Man hat demgemäß die erhobene Klage als im gemeinen Rechte begründet, den Rechtsweg als zulässig anzusehen, und steht der Klage auch das Bedenken nicht entgegen, daß sie nicht zugleich auf die Feststellung der Ungiltigkeit des Arrogationsvertrages ausgedehnt worden ist.

In Württemberg gilt in dieser Richtung kein besonderes Recht. Es besteht keine gesetzliche Norm, welche den Civilrechtsweg für ein derartiges Verbietungsrecht verschließt oder an bestimmte engere Voraussetzungen knüpfen würde. Das Polizeistrafgesetz von 1839 insbesondere enthielt zwar im Titel „Eingriff in Regierungsrechte“ (neben Strafbestimmungen gegen

---

Bd. 23 S. 320 f, 324 f.; Seuffert's Arch.v VI Nr. 6, XVII Nr. 3 und Nr. 58, XIX Nr. 124, Reichsgerichts-Entsch. in Civils. II Nr. 39, V Nr. 45 vgl. XVIII S. 19.

Vorbereitung außer Kurs gesetzter Münzen, unbefugte Verfertigung und Anwendung von Prägmaschinen und Münzstempeln, gegen unterlassene Anzeige von Vereinen) auch unter der Ueberschrift „Veränderung des Geschlechtsnamens“ die Bestimmungen: „Gegen denjenigen, welcher ohne Genehmigung der Behörde seinen Geschlechtsnamen ändert oder sich unbefugt einen fremden Geschlechtsnamen beilegt, wird Geldbuße bis zu 50 Gulden erkannt; auch ist unter Umständen der Mißbrauch des öffentlichen Namens bekannt zu machen“ (Art. 16), und (Art. 17): „die gleiche Bestimmung tritt gegen denjenigen ein, welcher ohne Berechtigung sich einen Standestitel, eine Würde oder ein Ehrenzeichen anmaßt.“ Allein diese Strafbestimmungen erflossen lediglich aus dem unleugbaren öffentlichen Interesse des Staates an Verhütung willkürlicher Namensänderung und unbefugter Namensführung ꝛc. und der hierdurch bedingten Verdunkelung der wichtigsten Rechtsverhältnisse, welchem Interesse zugleich auch andere Institutionen (z. B. Familienregister, Standesregister), dienen. Daß hiermit ein Recht des Einzelnen auf den Familiennamen, dessen Ausschließlichkeit und der Civilrechtsschutz dieses Rechts hätte negiert werden wollen, ist nirgends angedeutet. Eher könnte man aus dem Gesetze, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, vom 5. September 1839, Art. 28 Abs. 2 Ziff. 5, Abs. 3, 4 darauf schließen, daß in Württemberg in Ansehung des Namensrechtes etwas Besonderes gelte, insoferne daselbst bestimmt ist, ein im Ehebruch oder Blutschande erzeugtes Kind könne auch mit Zustimmung des Vaters dessen Namen nicht führen; ein anderes uneheliches Kind aber könne, vorbehältlich besonderer statutarischer Bestimmungen der standesherrlichen und ritterschaftlichen Familien, den väterlichen Namen nur führen, wenn der Vater seine Einwilligung zum Geburtsregister erkläre, ohne daß jedoch hieraus ein weiteres Recht irgend einer Art entstehe. Allein hierdurch sollte nur eine besondere Art der Erwerbung des Rechts auf die Führung eines bestimmten Familiennamens gesetzlich festgestellt werden; im Uebrigen zeigt gerade diese besondere Vor-

schrift, wie ihre Aufnahme in das die privatrechtlichen Folgen der Vergehen ordnende Gesetz, daß auch in Württemberg das Recht auf einen bestimmten Familiennamen als ein aus der Familienzugehörigkeit entspringendes Privatrecht aufgefaßt wurde und wird. Das Polizeistrafgesetz ist aufgehoben: an die Stelle der Art. 16, 17 desselben trat die Strafbestimmung in § 360 Nr. 8 des Reichsstrafgesetzbuches. Letztere läßt aber gleichfalls die Frage, ob das Recht auf den Familiennamen ein Privatrecht ist und den Civilrechtsschutz auch in der Richtung gegen den unbefugten Gebrauch dieses Namens Seitens eines Dritten genieße, völlig unberührt [1]). In Württemberg besteht nun ein administratives Verfahren für die willkürliche Namensänderung, welches auf Grund des Polizeistrafgesetzes von 1839 durch den Normalerlaß des K. Ministeriums des Innern vom 10. März 1857 [2]) geordnet wurde. Dasselbe betrifft nur die willkürliche, nicht aus Privatrechtsakten sich ergebende Namensänderung und nimmt im Einverständnis mit dem Justizministerium insbesondere die aus dem Abschluß von Adoptionsverträgen sich unmittelbar ergebende Namensänderung aus. Im übrigen ist nur bemerkenswert, daß hiernach das Administrativverfahren, wie die schließliche Einwilligung der Administrativbehörde in die Namensänderung erfolgt vorbehältlich etwaiger Rechte Dritter. In dem Normalerlasse ist nirgends angedeutet, daß solche Rechte nur auf dem Administrativwege verfolgt werden könnten, im Gegenteil erhellt aus der angeführten gegenständlichen Begrenzung des Erlasses und dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß das Recht auf den Familiennamen als ein volles Privatrecht, basiert auf gewissen privatfamilienrechtlichen Verhältnissen, angesehen wurde. Auf demselben Standpunkte steht der Normalerlaß des Justizministeriums vom 27. März 1857, betreffend die durch die Annahme an Kindesstatt ein-

---

1) Vgl. Entsch. des R.G. in Civils. II Nr. 39 S. 148; auch Handelsgesetzbuch Art. 26, 27, R.G. Entsch. in Civils. II Nr. 63 S. 223 ff.

2) Schicker, Polizeistrafrecht S. 317.

tretenden Namensänderungen, in welchem, (unter Betonung, daß hierbei polizeiliche Erlaubnis nicht erforderlich sei) Fürsorge dafür getroffen wurde, daß bei Adoptionsverträgen die Art der Namensänderung vertragsmäßig festgestellt und von derselben in den öffentlichen Büchern Vormerkung gemacht werde. Hiernach kann nicht bezweifelt werden, daß in Württemberg in der vorliegenden Frage das gemeine Recht gilt, daß insbesondere das Recht auf einen bestimmten Familiennamen für die Regel als ein aus der Familienzugehörigkeit erfließendes Privatrecht anerkannt wird, welchem um dieser seiner rechtlichen Eigenschaft Willen der Civilrechtsschutz nicht bloß dann zur Seite steht, wenn ein zur Führung des Namens Berechtigter gegen die Bestreitung des Rechtes den Prozeßweg zu beschreiten genötigt ist, sondern auch für den Fall, wenn ein Dritter unbefugter Weise durch Anmaßung desselben Namens jenes Privat- (Familien) Recht verletzt [1]).

Wenn man aber auch weiter mit der Beklagten unterstellt, daß für die Frage, ob den Klägern als Ausländern und zwar Züricher Bürgern, der erhobene Anspruch zustehe, in erster Linie das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch maßgebend sei, so zeigen sich doch die hieraus vorliegenden Falles gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges abgeleiteten Zweifel nicht als begründet. Wie schon angedeutet, handelt es sich bei der Frage, ob die erhobene Klage als im Recht begründet anzuerkennen sei, nicht um die Anwendung spezieller, positiver gesetzlicher Vorschriften, welche gerade die Zulässigkeit dieser Klage aussprechen, sondern um die Anwendung allgemeiner Privatrechtsgrundsätze über die Familienzugehörigkeit und das hieraus sich ergebende Recht auf den Familiennamen und die Ausschließlichkeit dieses Rechtes, aus denen die Klage konsequent abgeleitet wird, und zwar um Rechtssätze, welche nicht etwa dem gemeinen Rechte eigentümlich sind, sondern dem

---

1) s. auch Sarwey a. a. O. und Lang, Handbuch des in Württemberg geltenden Personenrechts, 2. A. § 36 S. 227, § 37 S. 234, S. 568, 571.

moderneren Privatrechte überhaupt angehören und überall in gleicher Weise gehandhabt werden [1]). Im Hinblick hierauf ist davon auszugehen, daß, sollte das Züricher Recht als das Recht das Staates, welchem die Kläger angehören, maßgebend sein[2]), auch dieses Recht auf demselben Standpunkte steht.

Bei diesem Stand der Frage hätte sich die Beklagte nicht darauf beschränken dürfen, die Zuständigkeit des fraglichen Anspruchs nach Züricher Recht im Allgemeinen zu bestreiten, bezw. zu behaupten, daß das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch keine positive Vorschrift enthalte, welche jenen Anspruch ausdrücklich gewähre. Sie hätte vielmehr des Näheren darlegen müssen, daß das Züricher Privatrecht überhaupt (Züricher privatrechtliches Gesetzbuch § 1) den Anspruch versage, umsomehr als das Züricher Gesetzbuch (v. 1887) in Uebereinstimmung mit den gemeinrechtlichen Prinzipien und den modernen Civilgesetzbüchern eine Reihe von Vorschriften über das Recht, einen bestimmten Familiennamen zu führen, enthält, welche darauf basieren, daß dieses Recht als Privatrecht aus der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie folgt, und welche mit Notwendigkeit den Civilrechtsschutz dieses Rechtes involvieren [3]). Damit stimmt auch überein, daß Professor Schneider in Zürich in seinem bei den Akten liegenden Gutachten nirgends aus dem Züricher oder einem anderen Schweizer Rechte eine Bestimmung anführt, welche der Anerkennung des fraglichen Anspruches entgegenstände.

Hält man endlich für die Frage nicht das Recht des Staates, welchem Kläger angehören, sondern das Recht ihres

1) s. Oesterreichisches Bürgerliches Gesetzbuch §§ 92, 146, 152, 182; Preußisches Landrecht II, 1 § 192, §§ 863, 864, II, 2 §§ 639, 640, 682, 713; Sächsisches B.G.B. §§ 1748, 1796, 1801, code civil. Art. 347, Kohler, das Recht des Markenschutzes S. 11 f., Entsch. des R.G. in Civils. V S. 143 f.; Hermann, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 45 S. 335 f.

2) s. auch das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch von 1887 § 3.

3) §§ 584, 625, 643, 647, 686, 690, 691, 725 vgl. mit dem Züricher privatrechtlichen Ges.Buch von 1854, §§ 126, 210, 302, 304, 305, 246; Bluntschli, Erläuterungen zu §§ 126, 210, 302, 304.

Wohnsitzes für ausschlaggebend, so kämen für diejenigen Kläger, welche im Kanton Zürich ihr Domizil haben, wiederum die Grundsätze des Züricher Rechtes, für diejenigen Kläger aber, welche in andern Schweizer Kantonen oder in Oesterreich (Wien) ihren Wohnsitz haben, die Rechte dieser andern Kantons, bezw. das österreichische Bürg. Gesetzbuch in Betracht. Die Zuständigkeit des Anspruches nach diesen Rechten hat aber die Beklagte überhaupt nicht bestritten, und es ist bezüglich derselben aus den angeführten allgemeinen Erwägungen davon auszugehen, daß sie in der vorliegenden Frage auf gleichem Standpunkte, wie das gemeine Recht, stehen [1]). Für das österreichische Gesetzbuch ist dies, wie oben angeführt, nach dem Inhalte seiner einschlägigen Bestimmungen ohnehin anzunehmen.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges ist hiernach zu bejahen.

III. Als Klägerin tritt zunächst auf die in Zürich verbürgerte Familie v. O., vertreten durch die statutenmäßige Kuratel. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Legitimation der letzteren zur Anstellung der gegenwärtigen Klage als begründet anzuerkennen wäre, zumal da gegen die Regierung der Legitimation der Familie in den Entscheidungsgründen zum Urteil I. Instanz eine Beschwerde nicht erhoben worden ist. Denn gleichzeitig haben die Klage eventuell auch die sämtlichen derzeitigen Mitglieder der Familie v. O. erhoben. Diese Familie hat sich schon seit langer Zeit zu einer privatrechtlichen Korporation im Sinne des Züricher privatrechtlichen Gesetzbuches mit bestimmten Statuten und eigenem Korporationsvermögen zusammengeschlossen. Hierdurch, wie durch andere Mittel, z. B. genaue Fortführung des Stammbaumes, bezweckt diese altadelige Familie, welche aus Locarno stammend vor Jahrhunderten in Zürich eingewandert ist und dort sich niedergelassen, daselbst auch heute noch ihren Mittelpunkt hat, ihre historische traditionelle Besonderheit und Zusammengehörigkeit, sowie ihre Reinhaltung von fremden Ele-

---

1) R.G.E. in Civils. XXI Nr 24 S. 137.

menten zu wahren. Es ist hiernach ohne Weiteres anzuerkennen, daß diese Familie (im weiteren Sinne) v. O. eigen geartet ist, und darf als bewiesen angenommen werden, daß die Besonderheit dieser Familie v. O. in der Schweiz und über die Grenzen der Schweiz hinaus anerkannt ist, auch gegenüber anderen Familien, welche (in der Schweiz oder in Italien) den Namen O. oder v. O. (d'O.) führen. Wenn deshalb Jemand durch unbefugte Annahme des Namens den Anschein der Zugehörigkeit zu dieser Familie hervorruft, so muß dasjenige Interesse, welches nach dem zu Ziff. II Bemerkten für die vorliegend erhobene Klage verlangt werden darf, als gegeben angesehen werden. Andererseits kann aber auch nicht bezweifelt werden, daß zur Anstellung der Klage jedenfalls die sämtlichen Glieder dieser Familie v. O., weil gleichmäßig interessiert, zusammen befugt sind.

Die Beklagte hat nun in der auch in ihrem Namen abgegebenen Erklärung vom 22. Juli 1890 dem Vertreter dieser Familie gegenüber den Entschluß ausgesprochen, künftig den Namen B.O. anzunehmen. Die Ernstlichkeit dieser Erklärung kann nicht in Frage gestellt werden. Sie ist auch ein genügender Anlaß zu der erhobenen Klage, welche eben, falls die Kläger auf ihrem Einspruchrecht beharren, provoziert werden sollte. Als einzigen Grund für das Recht, den Namen B.O. zu führen, führt die Erklärung an die „nunmehrige gerichtliche Bestätigung des Arrogationsvertrags vom September 1889“. Es kann deshalb, wie schon bemerkt, nicht bestritten werden, daß die Beklagte ihren Anspruch auf den Namen B.-O. ausschließlich und ausdrücklich auf diesen mit dem nunmehr verstorbenen Forstmeister C. A. B. v. O., dem ehemaligen Senior der Familie der Kläger, abgeschlossenen Arrogationsvertrag stützt.

Die Beklagte bestreitet aber in erster Linie, daß sie den Namen der Kläger („von O.“) prätendiere, indem sie das Adelsprädikat nicht führen wolle und die Namen O. oder B.O. und v. O. nicht identisch seien. Sie bestreitet insbesondere, daß die Führung des Namens B.O. irgendwo den

Gedanken an die Zugehörigkeit zu der Familie der Kläger hervorrufen könne, und erklärt ausdrücklich, daß sie keinen Anspruch auf das Familienvermögen der Kläger und auf die Zugehörigkeit zu ihrer Familie überhaupt erhebe. Es ist zuzugeben, daß die Verbindung des Adelsprädikats mit dem Familiennamen der Kläger nicht nebensächlich ist und die klägerische Familie selbst hohen Wert auf dieses Prädikat legt. Andererseits ist auch nicht zu bestreiten, daß außer der in Zürich verbürgerten und korporativ organisierten Familie der Kläger auch noch die eine und andere Familie in Italien den Namen v. O. oder D.' O. führt, wie in der Schweiz außerhalb der Familie der Kläger der Namen O. (O. ohne Adelsprädikat) da und dort vorkommen mag. Hiernach könnte es allerdings so scheinen, als ob die Beklagte in der That nicht den Familiennamen der Kläger führen wollte, und auch objektiv der Name B.O. nicht die Prätention der Zugehörigkeit zu der Familie der Kläger in sich schließe oder den Glauben an solche hervorrufe. Allein die Beklagte beansprucht auch und gerade den Klägern gegenüber den Namen B.O. auf Grund des mit einem Mitglied der Familie der Kläger abgeschlossenen Adoptionsvertrages, durch welchen sie — seine Gültigkeit vorausgesetzt — jedenfalls in die Familie dieses Adoptivvaters eingetreten wäre. Sie kann also mit Beilegung des Namens B.O. nur den Namen der Familie, welcher auch der Adoptivvater angehörte, annehmen wollen, einen anderen Namen, als denjenigen dieser Familie, überhaupt nicht im Auge haben. Ueberdies darf ohne Weiteres davon ausgegangen werden, daß die Beklagte mit der Bezeichnung der einzigen Quelle ihres Rechtes, den Namen B.O. zu führen, nämlich mit Angabe des erwähnten Arrogationsvertrages auch gegenüber Dritten nicht hintanhalten wird, wie jedermann, welcher mit der Familie v. O. oder B. bekannt ist oder für dieselben sich interessiert, nach dem Ursprung des Namens B.O. sich erkundigen wird. Hierzu kommt, daß in Gemäßheit des Normalerlasses des Kgl. Justizministeriums vom 27. März 1857 im Falle der Namensänderung zufolge einer

Annahme an Kindesstatt das Gericht nicht nur hinsichtlich des etwaigen liegenschaftlichen Vermögens — solches besitzen die B.schen Deszendenten in M. — die Bemerkung dieser Aenderung im Güterbuch und, sofern dieses Vermögen verpfändet ist, auch im Unterpfandsbuch anzuordnen hat, sondern auch verpflichtet ist, von der Namensänderung dem Oberamte Mitteilung zu machen, welches für die Richtigstellung der Bürgerliste, und, wenn das Adoptivkind volljährig ist, für die Veröffentlichung der Namensänderung zu sorgen hat. Nach § 26 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung ist ferner, wenn die Standesrechte eines Kindes durch Annahme an Kindesstatt eine Veränderung erleiden, dieser (durch öffentliche Urkunden nachzuweisende) Vorgang auf Antrag eines Beteiligten im Standesregister zu vermerken, und dieser Vermerk ist nach der Verfügung der Ministerien der Justiz, des Innern und des Kirchen- und Schulwesens, betreffend die Fortführung der Familienregister, vom 26. Februar 1876 (Reg.Bl. S. 69) auch in dem Familienregister vorzutragen. Durch die Einträge in die genannten öffentlichen Bücher, welche selbstverständlich auch die Quelle der Namensänderung, nämlich den erwähnten Arrogationsvertrag, enthalten, werden die Namensänderung sowohl, als der Vertrag, welch' letzterem ohnedies schon zufolge der gerichtlichen Bestätigung eine gewisse Publizität beiwohnt, den Behörden und dem Publikum geradezu bekannt gemacht. Sollten auch jene Einträge und die Veröffentlichung der Namensänderung durch das Oberamt bisher nicht stattgefunden haben, so liegt doch auf der Hand, daß Beides, wenn die Beklagte aus diesem Prozesse als Siegerin hervorgehen sollte, Seitens der B.'schen Deszendenten veranlaßt würde, und von den Behörden, soweit ein Antrag nicht erforderlich ist, alsbald herbeigeführt werden müßte. Nach alldem tritt aber für Jedermann erkennbar zu Tage, daß die Beklagte ihr Recht auf den Namen B.O. nur auf den mit einem Mitgliede der Familie v. O. in Zürich geschlossenen Arrogationsvertrag stützt, und wird

Jedermann erkennen, daß es der Name dieser Familie ist, welchen sie führt, sowie daß sie sich als zur Familie dieses Mitgliedes jener Familie v. O. gehörend betrachtet. Dies genügt zur Begründung der Klage. Hiergegen kommt der Umstand, daß die Beklagte ausdrücklich erklärt, weder auf das Familienvermögen der Familie v. O., noch auf die Zugehörigkeit zu dieser Familie Anspruch zu machen, nicht in Betracht. Diese Erklärung steht eben mit den erwähnten Thatsachen im Widerspruch und kann daran nichts ändern, daß sie in der That den Namen der Familie der Kläger führt und zwar öffentlich in einer Weise, welche überall den Schein der Zugehörigkeit zu der Familie eines Mitgliedes der weiteren Familie v. O. in Zürich erwecken muß. Ein vermögensrechtliches Interesse ist aber überhaupt nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit der erhobenen Klage. Gleichgültig erscheint hiernach auch, wenn die Beklagte sich das Adelsprädikat nicht beilegt. Gegenüber der ausdrücklichen Bestimmung des Arrogationsvertrages, daß die Adoptivkinder den Namen „v. O." führen sollen, legt zudem die Beklagte (wie zweifellos ihre Brüder) sich den Namen „O." ohne das Adelsprädikat vorerst nur deshalb bei, weil ihr Gesuch um landesherrliche Bestätigung des Arrogationsvertrages zurückgewiesen worden und sie sich bewußt ist, daß die Annahme eines Bürgerlichen an Kindesstatt Seitens eines Adeligen jenem noch nicht den Adel, bezw. das Recht, das Adelsprädikat zu führen, verleiht. Zudem wäre nicht ausgeschlossen, daß die Beklagte (resp. die B.'schen Deszendenten) einmal mit ihrem Versuche, das Recht auf Führung des Adelsprädikates zu erlangen, mehr Glück haben könnte. Nur nebenbei, da die Brüder der Beklagten an diesem Rechtsstreite nicht teilnehmen, mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß leicht möglich der eine oder andere dieser Brüder im Laufe der Zeit das Recht auf das Adelsprädikat in Württemberg durch Verleihung eines den Personaladel mit sich bringenden Ordens erlangen kann.

Schon aus dem über das Verhältnis des Namens O. zu dem Namen v. O. Ausgeführten erhellt sodann, daß auch

darauf, daß die Beklagte sich nicht einfach O., sondern B.O. benennen will, ein Gewicht nicht zu legen ist. Nach dem zuvor über die Publizität des Vorganges der Namensänderung Bemerkten kommt hierdurch in Verbindung mit den Einträgen in öffentlichen Büchern und der öffentlichen Bekanntmachung der Namensänderung gerade zu Tage, daß die Beklagte ihrem ursprünglichen Namen den Namen der Familie der Kläger zufolge des mit einem Mitgliede dieser Familie geschlossenen Arrogationsvertrages beilegt. Der Gedanke, daß der zugelegte Name derjenige der Ehefrau sei, ist bei der Beklagten von selbst ausgeschlossen und kann, wie noch bemerkt werden mag, auch in Ansehung ihrer Brüder bei der Publizität der Namensänderung und ihrer Quelle nicht aufkommen. Es erübrigt hiernach des Näheren darauf einzugehen, daß, wie der Stand der Gesetzgebung in Betreff der Ordnung, in welcher der Name des Adoptivvaters dem ursprünglichen Namen des Adoptivkindes beizufügen ist oder beigefügt werden kann, ein verschiedener ist [1]), so auch die betreffende Sitte und der Gebrauch in den verschiedenen Ländern und Rechtsgebieten kein feststehender ist.

Wenn endlich auch kein ausdrücklicher Einwand diesfalls erhoben wurde, so ist doch noch zu bemerken, daß die erhobene Klage um deswillen, weil die Beklagte (wie ihre Brüder) in Württemberg wohnen, nicht weniger thatsächlich begründet ist. Es genügt in dieser Richtung auf die engen Verkehrsbeziehungen zwischen der Schweiz und Württemberg, sowie darauf hinzuweisen, daß Mitglieder der Familie der Kläger gleichfalls außerhalb der Schweiz domiziliert sind, ohne daß hieraus ein Zweifel an ihrer Zugehörigkeit zu der Familie v. O. in Zürich entstände.

IV. Noch ist zu prüfen, ob der Arrogationsvertrag, von welchem die Beklagte das Recht, den Namen B.O. zu führen, ableitet, gültig ist.

In der Erklärung vom 22. Juli 1890 wird der Vertrag

1) Vgl. österreich. B.G.B. § 182, preußisches Landrecht II, 2, § 713 Sächsisches B.Ges.Buch § 1796, code civil. Art. 347, Züricher Ges.Buch § 725.

„vom September 1889" als Quelle des Rechtes bezeichnet. Am 14. September 1889 fand die (erstmalige) amtsgerichtliche Bestätigung des zwischen dem Forstmeister K. A. L. v. O. und dem Major a. D. B. und dessen Deszendenten abgeschlossenen Arrogationsvertrages (d. d. Zürich 23. August 1889) statt. Die Beklagte scheint demnach diesen am 14. September 1889 bestätigten Vertrag im Auge zu haben. Der Forstmeister v. O. und die Deszendenten des (im November 1889 verstorbenen) Majors B. sind aber, wie aus den von ihnen, bezw. ihren Vertretern der Kreisregierung L., dem Landgericht H. und dem Amtsgericht B. gegenüber abgegebenen Erklärungen hervorgeht, im Hinblick auf die von dem Landgerichte H. ihnen im Auftrage des Justizministeriums eröffneten Bedenken hinsichtlich der Gültigkeit des Adoptionsvertrages und der amtsgerichtlichen Bestätigung, sowie auf die durch den Tod des Majors B. geänderte Sachlage, also nicht wegen der am 16. Dezember 1889 erfolgten Aufhebung des amtsgerichtlichen Bestätigungsbeschlusses durch das Landgericht, augenscheinlich davon ausgegangen, daß es sich um den Neuabschluß des in der Urkunde vom 23. August 1889 niedergelegten Arrogationsvertrages zwischen ihnen und um eine neue amtsgerichtliche Bestätigung handle, und auch das Amtsgericht hat am 26. Januar 1890 dem Vertrage, als einem neuen zwischen dem Forstmeister v. O. und den B.'schen Deszendenten abgeschlossenen, die Bestätigung erteilt. Hienach stützt die Beklagte nach dem Wortlaute der mehrerwähnten Erklärung vom 22. Juli 1890 ihren Anspruch, den Namen B.-O. führen zu dürfen, anscheinend auf einen Vertrag, welcher durch den späteren Neuabschluß eines zweiten Vertrages außer Wirksamkeit gesetzt worden ist. Dies kann jedoch dahin gestellt bleiben, da immerhin angenommen werden darf, daß sie den Anspruch jedenfalls auch auf den späteren Vertrag stützt, und weil die Gründe, aus denen die Nichtigkeit und Unwirksamkeit des Vertrages, bezw. der amtsgerichtlichen Bestätigung zu folgern ist, gleichmäßig in Ansehung des ersten, wie des zweiten Vertrages und beider Bestätigungsakte zu-

treffen. Daß der Bestätigungsakt der Geltendmachung und der Berücksichtigung solcher Ungültigkeitsgründe im Prozeßwege an sich nicht im Wege steht, versteht sich von selbst und ist auch von der Beklagten nicht bestritten. Der Unterrichter hat mit eingehender Begründung ausgeführt, daß Forstmeister v. O. und Major a. D. B., bezw. dessen Deszendenten einen Arrogationsvertrag überhaupt nicht abschließen wollten, sondern daß sie nur zum Schein, um die Erlangung des Adels oder des Adelsprädikates für die B.'schen zu erlangen, die Form eines Arrogationsvertrages gewählt haben. In Wirklichkeit drängt sich auch bei unbefangener Prüfung der ganzen Geschichte des Vertrages die Annahme unwillkürlich auf, daß Forstmeister v. O. und die B.'schen — den Abschluß eines Arrogationsvertrages zu dem bezeichneten Zwecke nur simulierten. In dieser Richtung kann auch noch auf die von dem Unterrichter nicht gewürdigte Erklärung des Forstmeisters v. O. vom 18. Januar 1890, welche sein Vertreter dem K. Ministerium des Innern vorgelegt hat, hingewiesen werden, worin v. O. deutlich als seine Absicht, welche er mit der Betreibung des Arrogationsvertrages verfolgte, in charakteristischer Weise nur die Erlangung des Adels für die B.'schen bezeichnet, indem hierdurch die Annahme, daß die Vertragsparteien von dem eigentlichen Zweck und Inhalte der Annahme an Kindesstatt, nämlich von der Schaffung eines Kindes- und Familienverhältnisses und der entsprechenden vermögensrechtlichen Beziehungen von vornherein abgesehen haben, weitere Bestätigung gewinnt. Wäre aber auch der Arrogationsvertrag ernstlich gemeint gewesen und derselbe nach Ausschöpfung seines wesentlichen Inhalts an sich noch als rechtlich gültig anzusehen, so muß ihm doch jedenfalls aus einem anderen Grunde die Gültigkeit abgesprochen werden.

Zur Gültigkeit einer Annahme an Kindesstatt (Adoption oder Arrogation) gehört nach württemb. Rechte die gerichtliche Bestätigung [1]), welcher eine sachliche Prüfung insbesondere

1) Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843, Art. 48, Lang, württemb. Personenrecht, § 77ª, S. 491, Nr. I, 8 Note 14.

in der Richtung, ob durch den Vertrag die Interessen des Wahlkindes gewahrt werden, vorauszugehen hat. Wesentlich ist also, daß dem Gerichte vor und bei der Bestätigung der volle Inhalt des Vertrages vorliegt. Die über den Arrogationsvertrag aufgenommene Urkunde, welche den beiden Bestätigungsbeschlüssen des Amtsgerichtes B. zu Grund lag, spricht nun als beiderseitigen Vertragswillen aus, daß die Arrogation sämtliche in den Gesetzen begründeten Wirkungen ohne Ausnahme, also auch die vermögens-, bezw. erbrechtlichen Wirkungen haben solle. In der That hatte aber der Adoptivvater K. A. L. v. O. über sein gesamtes Vermögen derart letztwillig disponiert, daß von demselben die Adoptivkinder faktisch ausgeschlossen waren, und es haben, wie nicht bestritten ist, sowohl der Major a. D. B., als auch seine Deszendenten auf jeden Anspruch an das von dem Adoptivvater hinterlassene Vermögen verzichtet und zwar nicht erst nachträglich, sondern von Anfang an, weil sie gemäß dem wirklichen Sinne des Arrogationsvertrages keinen Anspruch an die Erbschaft haben sollten. Die über den Arrogationsvertrag aufgenommene, dem Amtsgerichte B. allein vorgelegene Urkunde steht also in einer für die Prüfung und Bestätigung des Gerichts wesentlichen Beziehung mit dem wirklichen Inhalte des Vertrages, wie er zwischen v. O., dem Major a. D. B. und bezw. seinen Deszendenten abgeschlossen worden ist, in direktem Widerspruch. Rechtlich ist hiernach die Sachlage so zu beurteilen, wie wenn der wirklich abgeschlossene Arrogationsvertrag mit seinem von der vorgelegten Vertragsurkunde in den wichtigsten Beziehungen abweichenden Inhalte dem Amtsgerichte B. gar nicht vorgelegt worden wäre und die gerichtliche Bestätigung nicht erhalten hätte. Die wirklich erfolgte gerichtliche Bestätigung ist demnach ein rechtlich wirkungsloser Akt, damit der Arrogationsvertrag aber selbst ungültig, so daß die Beklagte auf denselben auch nicht das Recht, den Namen B.O. zu führen, stützen kann. Allerdings wurde der für den Enkel des Majors a. D. B., U. B., bestellte Pfleger, Rechtsanwalt Sch. in U., von der Vormund-

schaftsbehörde laut Protokoll vom 3. Januar 1889 ermächtigt, für seinen Mündel auf jede Einrede gegen das von dem Adoptivvater bereits errichtete Testament zu verzichten, ebenso wie auf jeden Anspruch auf Teilnahme an dem Familienvermögen der Familie v. O. In der Erklärung, mit welcher Rechtsanwalt Sch. das Protokoll dem Amtsgerichte B. vorgelegt hat, sprach er aber einen solchen Verzicht überhaupt nicht aus, sondern gab nur seine Einwilligung zur Adoption seines Pfleglings durch Forstmeister v. O. Es liegt auf der Hand, daß hierin keine Mitteilung von dem wirklichen Inhalte des Arrogationsvertrages hinsichtlich der vermögensrechtlichen Beziehungen an das Amtsgericht gefunden werden kann, um so mehr als das Testament des Forstmeisters v. O. dem Amtsgericht nicht vorgelegt wurde und jene protokollarische Ermächtigung sich nur auf den Enkel des Majors a. D. B. bezog. Seitens des letzteren selbst und seiner Kinder lag gar keine Erklärung, außer der in der Vertragsurkunde enthaltenen, vor.

Ist der Arrogationsvertrag schon aus dem angeführten Grunde als ungültig anzusehen, so kann davon Umgang genommen werden, auf die weiteren erheblichen Bedenken gegen die Gültigkeit des Vertrages, insbesondere darauf einzugehen, ob dieser Vertrag, falls der Bestätigungsakt vom 26. Januar 1890 allein maßgebend wäre, nach allgemeinen Grundsätzen auch in Beziehung auf die Beklagte als ungültig anzusehen wäre, weil das Amtsgericht jedenfalls nicht zur Erteilung der Bestätigung für die nicht im Bezirke B. wohnhaften Söhne des Majors a. D. B. zuständig war, sowie ob nach der Sachlage das Amtsgericht B. nicht verpflichtet gewesen wäre, die Vorschriften des Züricher privatrechtlichen Gesetzbuches, betreffend die Fähigkeit, Jemanden an Kindesstatt anzunehmen (die hierzu nötigen Voraussetzungen auf Seite des Wahlvaters s. Züricher privatrechtl. Ges.Buch §§ 716, 717) auf den Forstmeister v. D. anzuwenden.

Urteil des II. Senats des O.L.Gerichts vom 22. Oktober 1891 in Sachen B. gegen v. O.

Die von der Beklagten gegen dieses Urteil eingelegte

Revision wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 11. April 1892 mit folgender Begründung zurückgewiesen:

„1) Gegen die von der Beklagten in den Vorinstanzen bestrittene Zulässigkeit des Rechtsweges waltet nach den in dieser Beziehung ausschließlich maßgebenden Gesetzen des Prozeßgerichts kein Bedenken ob. Schon in mehrfachen Entscheidungen, auf deren Begründung hier Bezug genommen werden kann, hat das Reichsgericht dargelegt, daß im Geltungsgebiete des Gemeinen Rechts das Recht, einen bestimmten Familiennamen zu führen, als eine aus dem Familienverbande entspringende Berechtigung, ungeachtet des zugleich obwaltenden öffentlichen Interesses, auch dem Privatrechte angehört und Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits sein kann [1]).

2) Welche Wirkungen und Befugnisse mit dem Rechte zur Namensführung nach Gemeinem Recht verknüpft sind, ergiebt sich aus der Bedeutung des Familiennamens im Rechtsleben. Der Familienname ist dazu bestimmt, seinen Träger als Einzelperson von Anderen zu unterscheiden und ihn zugleich als Mitglied einer gewissen Familie äußerlich zu kennzeichnen. Diese Bestimmung kann der Familienname nur erfüllen, wenn das Namensrecht gegen Verletzungen und unbefugte Eingriffe von Seiten der außerhalb der Familie stehenden Personen geschützt ist. Einen solchen Schutz gewährt der Artikel 27 des Handelsgesetzbuches einem jeden Namensberechtigten, sei es ein Kaufmann oder ein Nichtkaufmann, sofern die Verletzung des Rechts durch unbefugten Gebrauch einer Firma erfolgt ist, in der Weise, daß der Unberechtigte auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangt werden kann [2]).

1) Vgl. Entscheidungen in Civilsachen Bd. 2 S. 145, Bd. 5 S. 171, Bd. 18 S. 19, sowie auch Urteil des VI. Civilsenats vom 16. September 1889 (Bolze, Praxis, Bd. 8, Nr. 32, 33) und für das Preußische Recht, Urteil des IV. Civilsenats vom 5. April 1883, abgedruckt im Preußischen Justiz-Ministerialblatt 1884 S. 37.

2) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 7 S. 279, Bd. 19 S. 21, Bd. 22 S. 58, Bd. 25 S. 1.

Für den Fall der Verletzung von Rechten durch unbefugte Anmaßung eines fremden Namens ohne den Gebrauch einer Firma fehlt es an ausdrücklichen Gesetzesvorschriften über die Bedingungen und die Art des Schutzes der Verletzten. Aus der oben erwähnten Bedeutung des Familiennamens folgt indessen nach der zutreffenden Ausführung des Vorderrichters, mit welcher auch die oben zu 1 angezogenen Urteile des Reichsgerichts, sowie frühere Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichtshöfe im wesentlichen übereinstimmen, daß dem Namensberechtigten gegen einen Dritten, welcher sich unbefugt die Führung desselben Familiennamens anmaßt, zum Schutze seiner Interessen ein Verbietungsrecht und ein Klagerecht auf Unterlassung dieser Anmaßung wenigstens dann zugestanden werden muß, wenn in concreto die unbefugte Führung des Namens objektiv geeignet ist, den Schein der Zugehörigkeit zu der Familie, welche den Namen führt, zu erregen. Wo diese Voraussetzung zutrifft, was bei sehr verbreiteten Familiennamen nicht leicht, bei seltenen Familiennamen häufiger der Fall sein wird, muß der Regel nach jedes einzelne Familienmitglied zur Abwehr des Eingriffes in sein aus der Familienzugehörigkeit entspringendes Namensrecht berechtigt erscheinen. Umsoweniger läßt sich die Aktivlegitimation im vorliegenden Falle bezweifeln, da nach der unangefochtenen Annahme der Vorinstanz die Klage hier von sämtlichen derzeitigen (männlichen) Mitgliedern der Familie v. O. in Vertretung der Familie und daneben im eigenen Namen angestellt worden ist.

Daß in Württemberg nach dieser Richtung kein besonderes Recht gilt, vielmehr die Grundsätze des Gemeinen Rechts zur Anwendung zu bringen sind, hat das Oberlandesgericht mit eingehender Begründung in unanfechtbarer Weise festgestellt, wie denn auch Lang in seinem Handbuch des in Württemberg geltenden Personen- rc. Rechts Seite 227, unter Berufung auf die in Seuffert's Archiv Bd. VI Nr. 6, XVII Nr. 3, 58, XVIII Nr. 44, XIX Nr. 114, XXIX Nr. 79 abgedruckten Urteile für den Fall der unbefugten Anmaßung

eines Familiennamens das Klagerecht jedes Familienmitgliedes ausdrücklich hervorhebt.

3) Wenn hiernach die in Württemberg geltenden Rechtsnormen der erhobenen Klage nicht entgegenstehen, so fragt es sich doch in erster Linie, ob den Klägern das mit der Klage verfolgte Recht überhaupt zusteht, und diese Frage kann, da es sich hier um ein persönliches, aus der Familienzugehörigkeit erwachsendes Individualrecht handelt, nicht nach den Gesetzen des Prozeßgerichts, sondern nur nach den sogenannten Personalstatuten der Kläger beurteilt werden[1]).

Soweit es auf den Nachweis des Inhalts der Personalstatuten ankommt, liegt, wie der Revision zugegeben werden muß, die Beweislast den Klägern und nicht der Beklagten ob. Dies hat aber auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Die Beklagte hatte in den Vorinstanzen deshalb, weil sämtliche Kläger Bürger des Kantons Zürich seien, bezüglich der hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse die Gesetze dieses Kantons für maßgebend erklärt und in Abrede gestellt, daß in dem Züricher privatrechtlichen Gesetzbuche Bestimmungen, nach welchen den Klägern ein privatrechtliches Einspruchsrecht gegen Namensanmaßung zustehen würde, enthalten seien. Hiergegen wird in dem angefochtenen Urteile ausgeführt, einer speziellen Gesetzesvorschrift, welche gerade die Zulässigkeit dieser Klage ausspräche, bedürfe es nicht. Da die Klage in allgemeinen Privatrechtsgrundsätzen über die Familienzugehörigkeit und das sich hieraus ergebende ausschließliche Recht zur Führung des Familiennamens ihre Rechtfertigung finde und es sich dabei um Rechtssätze handle, welche nicht etwa dem gemeinen Rechte eigentümlich seien, sondern dem modernen Privatrechte überhaupt angehören und überall in gleicher Weise gehandhabt würden, so sei davon auszugehen, daß das Züricher Recht auf demselben Standpunkte stehe;

1) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 2 S. 149, 150, Bd. 8 S. 146; Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 35; Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 46; v. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht Bd. 1 S. 290, Bd. 2 S. 288.

demgegenüber hätte die Beklagte darlegen müssen, daß das Züricher Privatrecht den Klageanspruch versage, zumal da das Züricher Gesetzbuch eine Reihe von Bestimmungen über das Namensrecht enthalte, welche mit Notwendigkeit den Civilrechtsschutz dieses Rechtes involvierten. Nach dem Zusammenhange dieser Ausführungen hat der Vorderrichter keineswegs die Beklagte für beweispflichtig erachtet, vielmehr in nicht zu beanstandender Weise aus allgemeinen Rechtsprinzipien und aus den Vorschriften des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, beim Mangel des Nachweises entgegenstehender Rechtsnormen, den Schluß gezogen, daß dem Anspruche der Kläger auch nach Züricher Recht die Anerkennung nicht zu versagen sei.

Das Berufungsgericht ist sodann auch in eine Prüfung der Frage eingetreten, wie der Klageanspruch zu beurteilen sein möchte, wenn nicht das Recht des Staates, welchem die Kläger angehören, sondern das Recht ihres Wohnsitzes ausschlaggebend wäre. Dabei ist es auf Grund der einschlägigen Bestimmungen des österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches und auf Grund der vorher ausgeführten allgemeinen Erwägungen zu der Annahme gelangt, daß sowohl das Oesterreichische Recht, wie die Rechte der anderen hier in Betracht kommenden Schweizer Kantone in der vorliegenden Frage auf dem gleichen Standpunkte stehen, wie das gemeine Recht.

Auch wenn diese Würdigung der verschiedenen ausländischen Rechte nicht zu billigen wäre, könnte nach der Vorschrift des § 511 der Civilprozeßordnung hieraus ein Revisionsgrund nicht hergeleitet werden. Da andererseits nach der Auffassung der Vorinstanz die Grundsätze des Züricher Rechts mit denjenigen des Oesterreichischen Rechts und der Rechte der übrigen Schweizer Kantone bezüglich der Anerkennung des Klageanspruches übereinstimmen, so bedarf es keiner näheren Prüfung, ob bezüglich aller Kläger mit Rücksicht darauf, daß die Familie v. O., um deren Namen es sich handelt, in Zürich verbürgert ist und ihren Sitz hat, das

Züricher Recht, oder bezüglich derjenigen, welche außerhalb des Kantons Zürich wohnen, die Gesetze ihres Wohnsitzes für das hier streitige Verbietungsrecht maßgebend sind.

Wenn die Revisionsklägerin die Begründung der Vorentscheidung in Betreff des ausländischen Rechtes auch deshalb für unzureichend erklärt, weil nicht geprüft sei, ob eine Klage der vorliegenden Art Seitens eines Deutschen gegen einen Züricher Kantonsbürger im Kanton Zürich zugelassen werden würde, und ob das für die Familie v. O. maßgebende Landesrecht den Familienmitgliedern ein Verbietungsrecht auch Ausländern gegenüber mit Wirkung im Auslande gewähre, so kann dieser Angriff als zutreffend nicht angesehen werden. Das Oberlandesgericht hat allerdings die von der Revision aufgeworfenen Fragen nicht ausdrücklich erörtert, es ist aber, wie seine Ausführungen deutlich ergeben, stillschweigend von der Ansicht ausgegangen, daß das Züricher Recht bei dem Schutze des Namensrechts die Ausländer ebenso behandelt, wie die Züricher Kantonsbürger. Einer näheren Begründung dieser Ansicht bedurfte es nicht, da seitens der Beklagten in den Vorinstanzen eine gegenteilige Behauptung nicht aufgestellt war und eine verschiedene Art der Behandlung der Ausländer und der Inländer nicht ohne Weiteres zu vermuten ist. Auch nach der Rechtfertigung der Revision fehlt es an jedem Anhalte für die Annahme, daß das Züricher Recht den privatrechtlichen Schutz des Namensrechts auf das Gebiet des Kantons Zürich beschränkt habe und solchen Schutz nicht gewähren sollte, falls die unbefugte Anmaßung des Namens außerhalb des Kantons von Seiten eines Kantonsfremden erfolgt wäre. Andererseits durfte das Berufungsgericht bis zum Beweise des Gegenteils davon ausgehen, daß die Züricher Gerichte eine Klage der vorliegenden Art auch dann zulassen würden, wenn sie Seitens eines Deutschen gegen einen Züricher Kantonsbürger angestellt wäre. Ueberdies kommt es hierauf gar nicht an; denn zur Anwendung des Vergeltungsrechts sind die deutschen Gerichte im allgemeinen nicht berechtigt. Wo nicht besondere Gesetzesvorschriften auf die Voraussetzung

der Gegenseitigkeit hinweisen[1]), kann die Entscheidung über den Anspruch eines Ausländers nicht davon abhängig gemacht werden, wie im entsprechenden Falle das ausländische Gericht den Anspruch eines Deutschen beurteilen würde: vielmehr ist lediglich zu prüfen, ob der erhobene Anspruch dem klagenden Ausländer nach dem für die Beurteilung maßgebenden Rechte zusteht, und ob, wenn es sich hierbei um ausländisches Recht handelt, der Verfolgung des Anspruches im Inlande die Bestimmungen des deutschen Rechts nicht entgegenstehen[2]).

4) Was sodann die materiellen Voraussetzungen des erhobenen Anspruches anlangt, so wird von der Revisionsklägerin mit Unrecht eine Gesetzesverletzung darin erblickt, daß das Berufungsgericht die Unterscheidung des Namens der Beklagten von dem Namen der Kläger für bedeutungslos erklärt hat. Allerdings will die Beklagte nach den von ihr abgegebenen Erklärungen den Familiennamen der Kläger nicht ausschließlich an Stelle des ihrigen führen, ihn vielmehr, unter Fortlassung der Adelsbezeichnung „von", ihrem eigenen Familiennamen hinzufügen; indessen auch eine derartige Hinzufügung eines fremden Namens kann, falls sie unbefugt vorgenommen wird, unter Umständen eine Verletzung des Namensrechts der Familienmitglieder enthalten. Ob dies der Fall, ist nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles zu entscheiden. In dieser Beziehung hat nun das Oberlandesgericht zunächst festgestellt, daß die vor Jahrhunderten in Zürich eingewanderte altadelige Familie v. O. durch korporative Verbindung, wie durch andere Mittel ihre historische traditionelle Besonderheit und Zusammengehörigkeit, sowie ihre

1) Vgl. z. B. Markenschutzgesetz vom 30. Nov. 1874 § 20, C.-P.-O. §§ 102, 106, 661 Nr. 5, Konkursordnung §§ 4, 207, 208.

2) Vgl. auch v. Bar a. a. O. und Bd. 1 S. 186 ff., sowie Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 12 S. 310, Bd. 18 S. 28 ff., und Urteil des VI. Civilsenats in Sachen Faber c. Faber vom 14. November 1889, VI. 186–89, teilweise abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1889 S. 516.

Reinhaltung von fremden Elementen zu wahren sucht, daß die Besonderheit der gedachten Familie in der Schweiz und über die Grenzen der Schweiz hinaus anerkannt ist, daß zwischen der Schweiz und Württemberg enge Verkehrsbeziehungen bestehen, und daß auch die Zugehörigkeit der außerhalb der Schweiz domizilierten Familienangehörigen zur Familie v. O. keinem Zweifel unterliegt. Weiter ist dann erwogen, daß die Beklagte zufolge ihrer Erklärung vom 22. Juli 1890 ihren Anspruch auf den Namen B.O. ausschließlich und ausdrücklich auf den mit dem verstorbenen Forstmeister v. O., dem ehemaligen Senior der Züricher Familie, abgeschlossenen Arrogationsvertrag stütze, und daß sie danach, wenn auch in Italien und in der Schweiz noch andere Familien mit dem Namen v. O., d'O., O. existieren möchten, doch nur den Namen der Züricher Familie, welcher auch der Adoptivvater angehört, annehmen wolle. Werde die Annahme des Namens B.O. der Beklagten gestattet, führt der Vorderrichter aus, so müsse auch nach außen hin, selbst ohne die mit Sicherheit zu erwartenden Mitteilungen der Beklagten, für Jedermann erkennbar werden, daß die Beklagte sich als zur Familie des Forstmeisters v. O. gehörend betrachtet und den Namen eben dieser und keiner anderen Familie v. O. führt, da nach den in Württemberg geltenden Vorschriften nicht bloß die Namensänderung, sondern auch die Quelle derselben — der Arrogationsvertrag, in mehrere öffentliche Bücher einzutragen und damit dem Publikum, wie den Behörden bekannt zu machen seien; die Fortlassung des „von" vor dem Namen O. habe zweifellos ihren Grund in dem Mangel der landesherrlichen Genehmigung zur Führung des Adelsprädikats und sei nicht geeignet, den Schein der Familienzugehörigkeit zu beseitigen, zumal da die Beklagte möglicher Weise künftig das Recht auf Führung des Adelsprädikats erlangen könnte; ebensowenig stehe der Klage der Umstand entgegen, daß die Beklagte sich nicht O., sondern B.O. nennen will, vielmehr komme gerade hierdurch in Verbindung mit den Einträgen und der öffentlichen Bekanntmachung der Namensänderung zu Tage, daß die Beklagte ihrem

Namen den Namen der Kläger zufolge des mit einem Mitgliede dieser Familie geschlossenen Arrogationsvertrages beilegt. Angesichts dieser Erwägungen und der damit verknüpften thatsächlichen Beurteilung der vorliegenden Umstände läßt sich in der Annahme der Vorinstanz, daß die Beklagte den Familiennamen der Kläger in einer Weise führen will, welche geeignet ist, den Schein der Zugehörigkeit zu der Familie der Kläger zu erregen, die Verletzung irgend welcher revisiblen Rechtsnormen nicht erkennen.

5) Da dem Namensberechtigten ein gerichtlicher Schutz nur gegenüber einer unbefugten Führung seines Familiennamens zu gewähren ist, so könnten die Kläger mit dem erhobenen Anspruche nicht durchdringen, wenn die Beklagte nach den für die Beurteilung ihrer persönlichen Befugnisse maßgebenden Gesetzen ihres Wohnsitzes ein Recht auf die Führung des Namens B.O. erworben hätte. Ein solches Recht wird von ihr aus dem von dem Amtsgerichte zu B. bestätigten Adoptionsvertrage hergeleitet. Diesen Vertrag erachtet indessen das Berufungsgericht ohne Verletzung einer revisiblen Rechtsnorm für nichtig und unwirksam. Es führt aus, daß der Adoptionsvertrag vom September 1889, auf welchen die Beklagte in der Erklärung vom 22. Juli 1890 Bezug nimmt, nach dem Tode des Majors a. D. B. durch einen zweiten zwischen dessen Deszendenten und dem Forstmeister v. O. abgeschlossenen Adoptionsvertrag, welcher demnächst auch von dem Amtsgerichte B. bestätigt worden, außer Kraft gesetzt sei; möchte nun auch anzunehmen sein, daß die Beklagte ihr angebliches Namensrecht auf beide Verträge stütze, so seien doch beide aus denselben Gründen unwirksam, und zwar zunächst, wie schon vom ersten Richter angenommen, wegen Simulation da aus den vorliegenden — im Einzelnen hervorgehobenen — Umständen hervorgehe, daß Forstmeister v. O. und Major a. D. B., bezw. dessen Deszendenten einen Arrogationsvertrag überhaupt nicht abschließen, namentlich ein Kindes- und Familienverhältnis, sowie die entsprechenden vermögensrechtlichen Beziehungen nicht schaffen, sondern daß sie nur zum Schein,

um den Adel oder das Adelsprädikat für die B.'schen Familienmitglieder zu erlangen, die Form eines Arrogationsvertrages gewählt haben. Die hiermit getroffene thatsächliche Feststellung erscheint rechtlich unbedenklich und ist auch von der Revision nicht speziell angefochten worden. Dagegen wird als rechtsirrtümlich gerügt, daß der Berufungsrichter die Klage ohne Anfechtung des der Namensänderung zu Grunde liegenden Vertrages zugelassen und den Arrogationsvertrag wegen Simulation für anfechtbar erklärt habe, während die Einschränkung auf einen bestimmten Zweck für die Frage der Simulation bedeutungslos sei. Allein bei dieser Rüge geht die Revisionsklägerin von einer unrichtigen Rechtsansicht aus. Wesentlicher Inhalt des Arrogations-, wie des Adoptionsvertrages ist die Begründung eines Kindes- und Familienverhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, und nur als eine der Wirkungen des neubegründeten Kindesverhältnisses stellt sich der Uebergang des Familiennamens und Standes des Adoptivvaters auf das Adoptivkind dar [1]). Sind also die Kontrahenten darüber einverstanden gewesen, daß der von ihnen abgeschlossene Vertrag einzig und allein den Uebergang des Familiennamens hervorbringen, im übrigen aber ein Kindesverhältnis nicht begründen sollte, so ist der Arrogationsvertrag als solcher, weil eine Annahme an Kindesstatt nicht beabsichtigt, sondern nur zum Schein erklärt war, nichtig und es bleibt nur noch zu untersuchen, ob etwa der Teil der Vertragsbestimmungen, welcher dem wirklichen Willen der Kontrahenten entspricht, für sich allein als rechtsgiltig und wirksam anzusehen ist [2]).

Dies muß indessen verneint werden. Mag man das Recht zur Führung eines bestimmten Namens als Eigentum am Namen bezeichnen wollen oder nicht, in jedem Falle fehlt dem Namensberechtigten die — sonst an sich im Eigentum liegende — Befugnis, den Namen zu veräußern oder sonst darüber

1) Vgl. **Windscheid**, Pandekten, Bd. 2 § 524 N. 3.

2) Vgl. **Windscheid** a. a. O. Bd. 1 § 75 a. E.

zu verfügen. Der Erwerb des Familiennamens vollzieht sich nach gemeinem deutschen Recht als unmittelbare Folge bestimmter Ereignisse, welche eine Familienzugehörigkeit begründen, namentlich der Geburt, der Verehelichung, der Anerkennung, der Legitimation, der Annahme an Kindesstatt. Der so erworbene Familienname haftet an der Person des Berechtigten und kann von diesem weder unter Lebenden noch von Todeswegen durch Rechtsgeschäfte auf einen Andern übertragen werden [1]). Hätte also der Forstmeister v. O. mit dem Major a. D. B. und dessen Deszendenten nichts weiter vereinbart, als daß Letztere fortan berechtigt sein sollten, neben ihrem eigenen Namen den Namen O. zu führen, so wäre einer derartigen Disposition über den Familiennamen jede rechtliche Bedeutung abzusprechen. Solche Bedeutung konnte aber die an sich wirkungslose Vereinbarung dadurch nicht erlangen, daß sie zum Schein in die Form eines Arrogationsvertrages gebracht und zu diesem Zwecke mit Erklärungen verknüpft wurde, die von keinem der Kontrahenten ernstlich gewollt waren. Danach lag zu einer selbständigen Anfechtung des Arrogationsvertrages für die Kläger kein Anlaß vor. Ihr Interesse bestand nur darin, der unbefugten Führung ihres Familiennamens durch die Beklagte entgegenzutreten. Erst nachdem die letztere sich zur Verteidigung gegen die quasinegatorische Klage auf den Arrogationsvertrag berufen hatte, lag es den Klägern im Wege der Replik ob, die Nichtigkeit dieses Vertrages darzuthun, und solche Nichtigkeit folgt nach dem Gesagten schon aus der festgestellten Simulation. Ueberdies erklärt das Berufungsgericht den Arrogationsvertrag noch aus einem zweiten Grunde für ungültig, nämlich deshalb, weil die zu seiner Giltigkeit nach württembergischem Rechte erforderliche gerichtliche Bestätigung in rechtlich wirksamer Weise nicht erfolgt sei, da die über den Arrogationsvertrag aufge-

1) Vgl. Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 14 ff., sowie auch Art. 23 des Handelsgesetzbuches und Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 9 S. 1 ff.

nommene, dem Amtsgerichte B. allein vorgelegene Urkunde in einer für die Prüfung und Bestätigung des Gerichts wesentlichen Beziehung (wegen der vermögens-, bezw. erbrechtlichen Wirkungen) mit dem wirklichen Inhalte des Vertrages, wie er zwischen v. O. und dem Major a. D. B., bezw. seinen Descendenten abgeschlossen worden ist, in direktem Widerspruch stehe. Bei dieser Ausführung und der daraus gezogenen Folgerung, daß die Beklagte auf den Arrogationsvertrag das Recht, den Namen B.O. zu führen, nicht stützen könne, bewegt sich die Vorinstanz auf dem Gebiete des Württembergischen Partikularrechts, dessen Verletzung gemäß § 511 der Civilprozeßordnung einen Revisionsgrund nicht abgeben würde, wie denn auch nach dieser Richtung kein Angriff erhoben ist.

6) Auf Grund der vorstehenden Erwägungen mußte, da auch im übrigen ein rechtlicher Verstoß in der Begründung der Vorentscheidung nicht ersichtlich ist, die Revision zurückgewiesen werden, ohne daß es eines Eingehens auf die Frage bedurfte, ob die Kläger zur Geltendmachung des mit der Klage verfolgten Verbietungsrechts auch dann berechtigt sein würden, wenn der Forstmeister v. O. noch am Leben und der Klage nicht beigetreten wäre.

43.

Begriff der Verhandlung im Sinne der §§ 298, 488, 504 der C.P.O. Wenn die zum Verständnis der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlichen Thatsachen von den Parteien in dem Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht nicht vorgetragen werden, kann ein kontradiktorisches Urteil nicht erlassen werden.

Gegen das die Beklagte verurteilende landgerichtliche Urteil wurde von derselben Berufung eingelegt und in dem Verhandlungstermin beantragt, dasselbe abzuändern und die Klage abzuweisen. Der Kläger bat um Zurückweisung der Berufung. Nachdem sodann von dem Vertreter der Beklagten

der Beginn des Thatbestandes zu dem unterrichterlichen Urteil mit Einschluß der in demselben enthaltenen Gesuche der Parteien, sowie verschiedene Aktenstücke aus einem Vorprozeß vorgetragen worden waren, erklärte derselbe in Folge eines von Seiten des Gerichts gemachten Vorhalts, daß er nicht weiter verhandle, worauf er sich entfernte. Der Vertreter des Klägers gab auf Befragen die Erklärung ab, daß er nicht gewillt sei, den Inhalt der Akten erster Instanz vorzutragen und seinen Berufungsantrag materiell zu begründen, da er dies nicht für nötig halte, weil die kontradiktorische Verhandlung begonnen habe. Derselbe stellte sodann in erster Linie den Antrag, die Berufung (durch materielles Endurteil) kostenfällig zurückzuweisen, eventuell mittelst Versäumnisurteils kostenfällig zu verwerfen. Auf Vorhalt des Gerichts stellte er aber den letztern Antrag in erster, den ersten Antrag in zweiter Linie. Dem Antrag auf Verwerfung der Berufung durch Versäumnisurteil wurde sodann von dem Oberlandesgericht entsprochen aus folgenden Gründen:

„Nach der Bestimmung des § 298 der C.P.O. ist auch diejenige Partei als nicht erschienen anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt, und nach § 299 eod. finden die Vorschriften des Titels über Versäumnisurteile keine Anwendung, wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen nicht erklärt.

Was überhaupt unter Verhandeln zu verstehen ist, darüber enthält das Gesetz keine Bestimmung, und ist die Frage, ob ein Verhandeln im Sinne des Gesetzes im einzelnen Falle stattgefunden hat, eine quaestio facti, worüber das Gericht nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden hat [1]).

Hiebei ist aber nicht die bloße Thatsache des Beginnes des Vortrages der Parteien maßgebend, und es ist nicht jede Erklärung einer Partei im Termine als ein Verhandeln im

1) Gaupp, Comm. zur C.P.O. 2. Aufl. S. 614 nt. 4 u 7. Entsch. des Reichsger., B. 10 S. 392.

Sinne des Gesetzes anzusehen; vielmehr kommt es hiebei auf den Inhalt der abgegebenen Erklärungen an. Nach § 296 der C.P.O. ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen, wenn der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil beantragt, und es ist nach dem Antrage zu erkennen, soweit das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Klageantrag rechtfertigt. Hieraus ergiebt sich, daß der Kläger seinen Klageantrag soweit thatsächlich begründen muß, daß das Gericht im Stande ist zu beurteilen, ob der gestellte Klageantrag schlüssig ist, und die C.P.O. enthält keine Bestimmung darüber, daß dies nicht erforderlich ist, wenn der Beklagte erscheint, aber nicht vollständig verhandelt, vielmehr sind in der C.P.O. nur die Folgen der Nichterklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen, bezüglich welcher der Titel über Versäumnisurteil keine Anwendung findet, besonders normiert.

Nach § 504 Abs. 1 der C.P.O. finden die Vorschriften über das Versäumnisverfahren in erster Instanz entsprechende Anwendung in der Berufungsinstanz. Es entsteht daher zunächst die Frage, ob der Antrag des Klägers, Berufungsbeklagten auf Erlassung eines Versäumnisurteils begründet ist.

Hierbei ist davon auszugehen, daß die Stellung der Parteien im Rechtsstreit als Kläger und Beklagter in der zweiten Instanz unverändert bleibt. Da nun die Beklagte, Berufungsklägerin in der Berufungsinstanz den Antrag gestellt hat, die Klage abzuweisen, so wäre es ihre Sache gewesen, ihren Berufungsantrag thatsächlich zu begründen, und nach Vorschrift des § 488 der C.P.O. das angefochtene Urteil in soweit vorzutragen, als dies zum Verständnis ihres Berufungsantrags und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist. Dies ist aber im vorliegenden Falle nicht geschehen. Der Vertreter der Berufungsklägerin hat weder das Urteil I. Instanz so, wie dies in § 488 der C.P.O. vorgeschrieben ist, vorgetragen, noch ist er überhaupt in die Verhandlung in soweit eingetreten, als dies zur Prüfung der

Richtigkeit des angefochtenen Urteils erforderlich gewesen wäre. Denn eine solche Prüfung wird weder durch den Inhalt der in erster und in zweiter Instanz von den Parteien gestellten Anträge für sich allein, noch durch den Vortrag der Aktenstücke aus dem Vorprozeß ermöglicht. Der Vertreter der Berufungsklägerin hat sich sodann mit der Erklärung, daß er nicht weiter verhandle, entfernt, ohne gemäß § 488 der C.P.O. die zum Verständnis der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlichen Thatsachen vorgetragen zu haben. Es fehlt daher im vorliegenden Fall an jeder thatsächlichen Grundlage für die Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Urteils und der von den Parteien gestellten Berufungsanträge und es kann unter diesen Umständen ein Verhandeln im Sinne des Gesetzes nicht als vorliegend angenommen werden. Ist aber hiernach die Beklagte Berufungsklägerin in eine Verhandlung im Sinne des Gesetzes nicht eingetreten, so erscheint der Antrag des Berufungsbeklagten, die Berufung mittelst Versäumnisurteil kostenfällig zu verwerfen, gemäß § 295, 299 und 504 der C.P.O. als begründet.

Der Vertreter des Klägers, Berufungsbeklagten, hatte zwar ursprünglich in erster Linie ein kontradiktorisches Urteil beantragt, weil die kontradiktorische Verhandlung bereits begonnen gehabt habe, ehe sich der Vertreter der Berufungsklägerin entfernte. Allein die C.P.O. enthält keine Bestimmung, welche gestattet, auf den bloßen Vortrag des Antrags des Berufungsbeklagten und ohne Vortrag des Urteils I. Instanz gemäß § 488 der C.P.O. die erhobene Berufung mittelst kontradiktorischen Urteils zurückzuweisen, und da auch der Vertreter des Berufungsbeklagten nicht bereit war, den diesfallsigen Vortrag zu erstatten, so hätte der Antrag des Berufungsbeklagten auf Erlassung eines kontradiktorischen Urteils zurückgewiesen werden müssen, wenn der Berufungsbeklagte denselben nicht selbst zurückgezogen hätte.

Dem Ausgeführten zufolge war so, wie geschehen, zu er-

kennen, und die Berufungsklägerin gemäß § 92 der C.P.O. in die Kosten der Berufung zu verurteilen".

Urteil des II. Senats des O.L.Gerichts vom 21. Januar 1892 in Sachen Lutz gegen Käß.

44.

Gerichts- und Anwaltsgebühr im Falle einer Verhandlung, in welcher lediglich die gegenseitigen Anträge zur Verlesung gelangen.

In einem Ehescheidungsprozesse war die Verhandlung sofort nach Verlesung der Parteianträge auf Ansuchen des vom Vorsitzenden auf die Zweifelhaftigkeit der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts aufmerksam gemachten kläg. Vertreters vertagt worden. In dem neuen Termine hatte der Vertreter der beklagten Partei, welcher im 1. Termine schlechthin um Abweisung der Klage gebeten hatte, sich auf den Antrag auf Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts beschränkt, in der Folge aber, nachdem die Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, vor welchem nur noch über die Zuständigkeit verhandelt worden war, abgewiesen worden, in seiner Kostenrechnung die volle Verhandlungsgebühr angesetzt und zuerkannt erhalten. Der Gegner erhob hiegegen Beschwerde, da er nur eine hälftige Verhandlungsgebühr gemäß § 20 der Rechtsanw.Gebührenordnung für begründet erachtete.

Die Beschwerde wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

Die Beschwerde ist rechtzeitig und formgerecht erhoben, sie ist aber nicht begründet.

Ihr Ausgangspunkt, daß in der bloßen Stellung des Antrages auf Abweisung der Klage ein den Anspruch auf Verhandlungsgebühr gemäß § 13 Nr. 2 der R.A.G.O. begründendes Verhandeln nicht zu finden sei, ist verfehlt. Zwar kann es in Fällen, wo lediglich die gegenseitig sich wider-

sprechenden Anträge zum Vortrage gelangten, in concreto zweifelhaft sein, ob ein Nichtverhandeln (C.P.O. § 298) oder nur ein unvollständiges Verhandeln (C.P.O. § 299) vorliegt; für die Gerichts- und Anwaltsgebührenfrage aber sind diesbezügliche Zweifel durch § 19 des Ger.K.G. vgl. mit § 16 Abs. 1 der R.A.G.O. beseitigt[1]).

Maßgebend für den Gebührenbezug ist hienach einzig die Frage:

Sind widersprechende Anträge gegenseitig gestellt worden und in wieweit?

Da nun der Vertreter des Beklagten im Termine vom 6. Mai l. J. dem vom Gegner verlesenen Klageantrag auf Ehescheidung, ev. auf Herstellung des ehelichen Lebens schlechthin den Antrag auf kostenfällige Klagabweisung entgegengestellt hat, so war schon hiemit eine kontradiktorische Verhandlung im Sinne der §§ 18 Nr. 1 und 19 des G.K.G. gegeben. Der Umstand, daß mit Zustimmung des Beklagten auf Ansuchen des Klägers die Verhandlung noch vor erfolgter oder versuchter thatsächlicher Begründung auch nur des Klaggesuchs vertagt und ein neuer Verhandlungstermin anberaumt worden ist, ist weder dazu geeignet, den Gerichts-Gebührenansatz, welcher insoweit der Disposition der Parteien nicht untersteht, zu beeinflussen, noch dazu, den dem bekl. Vertreter bereits erwachsenen Gebührenanspruch zu schmälern, da aus der Zustimmung des bekl. Vertreters zur Vertagung ein diesbezüglicher Verzicht desselben der Gegenpartei gegenüber keineswegs zu folgern ist[2]).

Die Berufung des Beschwerdeführers endlich darauf, daß der im Termin vom 6. Mai allerdings allgemein auf Klagabweisung gestellte Antrag seine nähere, bezw. engere Begrenzung in maßgebender Weise durch den im späteren Termin vom 20. Mai gestellten Antrag auf „Klagabweisung wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts" erhalten

1) S. auch Walter, Geb.O. für Rechtsanw. 2. Aufl. S. 242 und Entscheid. des R.G. Bd. 10 S. 389 und 393.

2) Vgl. Entsch. des R.G. Bd. 10. S. 392 unten.

habe, war zu verwerfen, weil einerseits weder behauptet ist, noch angesichts des sonstigen Inhalts des den allgemeinen Antrag auf Klagabweisung ankündigenden Schriftsatzes auch nur zu unterstellen wäre, daß der im Termine vom 6. Mai gestellte Antrag in dem beschränkteren Sinne des Antrags vom 20. Mai gemeint und zu verstehen gewesen sei, und weil andrerseits die nachträgliche Einschränkung eines Parteiantrages den letzteren in Absicht auf die sich an denselben wegen seines weiteren Umfanges knüpfenden Kostenfolgen nicht zu beseitigen vermag.

Beschluß des 2. Civilsenats vom 6. Okt. 1892 in Sachen Rühle c. Rühle.

45.

Liegt es in der gesetzlichen Befugnis des Konkursverwalters, Forderungen, welche in dem von ihm verwalteten Konkurse eines Mitschuldners festgestellt sind, zu einem die mutmaßlich auf sie entfallende Konkursdividende übersteigenden Preise für die Konkursmasse aus vorhandenen Massenmitteln zu dem Zwecke zu erwerben, um dieselben gegen die andern Mitschuldner zum Vorteil der Masse verwerten zu können.

I. Der am 25. Dezember 1881 verstorbene Vater der Beklagten, der Bierbrauer und Wirt Bernhard Berger, hatte teils allein, teils in Gemeinschaft mit seiner Ehefrau — wie Kläger behauptet, durchweg zu ehelichen und Gewerbszwecken — Schulden gemacht, deren Kapitalbestand auf 9676 Mk. 85 Pfg. festgestellt ist. Auf Ableben des Bernhard Berger beantragten die Witwe Wilhelmine Berger, welche mit dem Verstorbenen in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft gelebt hatte, und der Pfleger der damals noch minderjährigen Kinder, der jetzigen Beklagten, indem sie den unbedingten Erbschaftsantritt erklärten, den Aufschub der Eventualteilung. Das zuständige Waisengericht entsprach dem Antrage. Demgemäß blieb die Witwe im Besitze und Genuß der ganzen Verlassenschaft und betrieb die Wirtschaft und Brauerei weiter. Am

wertung der Konkursmasse der Witwe Berger nicht im geringsten Zusammenhang. Unter den § 122 K.O. fällt der Erwerb nach dem klaren Sinne und Wortlaut des § nicht; zufolge der Bestimmung des § 118 K.O. aber ist es zwar denkbar, daß der Konkursverwalter in Fortführung des „Geschäfts" (z. B. eines Bankgeschäfts) des Gemeinschuldners rechtsgiltig Forderungen gegen Dritte käuflich für die Masse erwirbt; im vorliegenden Fall aber konnte von einem Erwerb der fraglichen Forderungen für das Geschäft d. h. die Wirtschaft und Bierbrauerei der Witwe Berger, auch wenn es, was nicht einmal behauptet ist, fortgeführt worden wäre, augenscheinlich keine Rede sein. Der Zweck des Erwerbs war lediglich eine Vergrößerung der Masse um ein zu ihr in keinerlei Beziehung stehendes Vermögensobjekt durch ein mehr oder weniger gewagtes Geschäft. Ein solches Geschäft konnte aber der Konkursverwalter weder für sich allein, noch mit Zustimmung des Gläubigerausschusses abschließen; mit gleichem Recht könnten Verwalter und Ausschuß Namens der Masse Börsenspekulationen unternehmen, um dadurch, wenn sie glücken, den Stand der Masse zu verbessern; es wird aber Niemanden in den Sinn kommen, zu behaupten, daß aus einem solchen Geschäft die Konkursmasse verpflichtet, d. h. daß sie dem Dritten für Erfüllung oder Schadensersatz haften würde und die Gläubigerschaft nur einen Rückgriff gegen den Konkursverwalter oder Gläubigerausschuß hätte. — Ebensowenig konnte der Kläger im vorliegenden Fall durch ein außerhalb seiner gesetzlichen Vollmacht liegendes Geschäft ein Recht für die Konkursmasse erwerben. Die Forderungen der Gläubiger des Vaters der Beklagten gegen diese, auch wenn sie noch zu Recht bestehen sollten, bildeten keinen Bestandteil des der Gemeinschuldnerin zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zustehenden Vermögens und durch die vom Kläger mit den Gläubigern geschlossenen Cessionsverträge konnten sie auch nicht nachträglich zu Massebestandteilen werden; was Konkursmasse ist, bestimmt der § 1 K.O.; diese Bestimmung stellt, als im Interesse der allgemeinen Rechtsordnung gegeben, zwingendes

Recht dar, weder der Konkursverwalter, noch der Gläubigerausschuß, noch die Gläubigerversammlung können den Begriff der Konkursmasse erweitern. Hienach ist der Kläger zurückzuweisen."

III. Auf die gegen vorstehendes Urteil eingelegte Berufung wurden die Beklagten in der II. Instanz zu Bezahlung der Hälfte der gegen sie eingeklagten Beträge verurteilt.

Aus den Gründen: „Die Sachlegitimation des Klägers war nicht zu beanstanden. Nach § 5 Abs. 2 der K.O. steht das dem Gemeinschuldner in Abs. 1 daselbst entzogene Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein zur Konkursmasse gehöriges d. h. (s. K.O. § 2) über sein zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dienendes Vermögen dem Konkursverwalter zu. Rechtssubjekt der Konkursmasse ist und bleibt also der Gemeinschuldner, welcher in der Verwaltung derselben zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger (s. auch K.O. S. 107 ff.) durch den Konkursverwalter gesetzlich vertreten wird, gleichviel ob man als den ihm auferlegten Vertreter die Gläubigerschaft selbst oder den Verwalter ansieht. Das für die Aktivmasse Erworbene und Erstrittene wird rechtlich dem Gemeinschuldner erworben und erstritten, wenn es auch zunächst dem Zwecke des Konkurses (K.O. § 2) dienen soll [1]).

Die Möglichkeit eines Rechtserwerbs für „die Konkursmasse" kann daher nicht schon um deswillen verneint werden, weil die Konkursmasse als solche keine Persönlichkeit ist.

Eine andere Frage ist, ob dem Konkursverwalter auf Grund seiner Vertretungsbefugnis jeder Rechtserwerb für die Masse, insbesondere jeder Rechtserwerb unter lästigem Titel ermöglicht ist?

In dieser Beziehung ist davon auszugehen, daß seine Vertretungsbefugnis, wie sich aus § 2 des Gesetzes ergiebt „in dem Befriedigungsrechte der Gläubiger ihren Grund und ihr Ziel hat [2])."

1) S. Entsch. des R.G. II S. 24.

2) S. Mot. bei Kortkampf S. 1377 Sp. l. Entsch. des Reichsg. in der jur. Wochensch. 1886 S. 196.

Innerhalb der durch das Befriedigungsrecht der Gläubiger gezogenen Schranken ist er aber „nach außen der alleinige Disponent über die Konkursmasse“ [1]), ähnlich, wie der Liquidator einer Handelsgesellschaft [2]), mit der Aufgabe und Berechtigung, Alles zu thun, was mit dem Zwecke vereinbar ist, „die Masse und die in ihr enthaltenen Rechte behufs Befriedigung der Gläubiger zu verwerten“ [3]).

Die ihm so übertragene Verwaltung kann die Eingehung neuer Rechtsgeschäfte, den Erwerb von Grundstücken [4]), Pfandbestellungen u. s. w. nötig, bezw. angezeigt erscheinen lassen [5]).

Nur solche Geschäfte, welche mit jener seiner Aufgabe, insbesondere also mit dem Befriedigungsrecht der Gläubiger von vornherein (absolut) unvereinbar sind, wie z. B. reine Schenkungen [6]), liegen außerhalb seiner gesetzlichen Befugnis.

Um ein solches mit dem Grund und Ziel seiner Vertretungsbefugnis unvereinbares, insbesondere um ein — mit der Massenverwaltung nur aus dem Gesichtspunkte der Anlage baren Geldes [7]) in etwaige Verbindung zu bringendes — Spekulationsgeschäft des Konkursverwalters handelt es sich jedoch vorliegend nicht. Durch den Forderungskauf in Frage hat der Konkursverwalter einen Teil der bisherigen Konkursgläubiger abgefunden, also befriedigt und denselben zwar mehr bezahlt, als ihre Konkursdividende betragen haben würde, dafür aber deren Rechte an anderweite Mitschuldner erworben in der Berechnung, daß durch Ausklagung der letzteren der

1) Mot. S. 1518 Sp. l.

2) H.G.B. Art. 137, 138.

3) K.O. § 107 Mot. a. a O. S. 1377, Sp. r. Mitte; Petersen in Busch's Zeitsch. IX S. 38 ff.; Petersen und Kleinfeller, Komm. zur K.O. 2. Aufl. S. 32 ff.; Wilmowski, Komm. zur K.O. 4. Aufl. S. 32 ff., S. 58 Ziff. 3, S. 59.

4) S. K.O. S. 122 letzter Fall.

5) Mot. a. a. O. S. 1377 Sp. r. Mitte.

6) S. Entsch. des Reichsg. a. a. O.; Stieglitz, Komm. zur K.O. § 41 Note 2.

7) K.O. § 120 vgl. mit § 118.

Masse ein Erhebliches mehr zugeführt werde, als er den Verkäufern über ihre mutmaßliche Konkursdividende bezahlt hat. Mag dieser Kalkul irrig, mögen jene Mitschuldner zugleich anderweite Konkursgläubiger gewesen sein, der etwaige Reflexionsfehler im Kalkul beeinträchtigt die Rechtsbeständigkeit der vorgenommenen Handlung sowenig [1]), als dieselbe durch etwaige Außerachtlassung der Instruktion, welche für die in § 121—123 K.O. ganz besonders [2]) ausgehobenen Verwaltungsakte erteilt ist, beeinträchtigt sein würde, und jene Konkursgläubiger sind durch die vorangegangene Cession in ihrem Befriedigungsrecht nicht beeinträchtigt; denn gerade sie bekommen ja aus der Masse als bevorrechtete Gläubiger unter allen Umständen, was sie aus der Masse zu fordern haben [3]). Darüber aber, daß sie ihre Schuld nun an einen andern Gläubiger abzutragen haben, können sie sich nicht beschweren.

Dem ausgeführten zufolge liegt in dem beanstandeten Forderungskauf des Konkursverwalters ganz unverkennbar ein Verwaltungsakt vor, welcher ohne ersichtlichen Verstoß gegen das Befriedigungsrecht anderer Gläubiger die Abfindung eines Teils der Gläubiger unter gleichzeitiger Mehrung der Befriedigungsmittel für die übrigen Gläubiger auf

1) Mot. S. 1377 Sp. r.

2) S. Mot. zu § 124 K.O.

3) Der Kaufpreis der abgetretenen Forderungen betrug 40 %, also 12 % mehr, als die auf sie entfallene Konkursdividende betragen haben würde, wogegen die abgetretenen Schuldner als Erben des † Ehemanns zu ihrem Betreff mindestens für die Hälfte der abgetretenen Forderungen, also die Beklagten für 4/6 an 50 % d. h. für 33 1/3 % derselben aufzukommen hatten. Geschädigt durch die Manipulation konnten die Beklagten als (bevorrechtete) Konkursgläubiger mithin nur insoweit werden, als die abgetretenen Forderungen gegen sie (bezw. gegen ihren † Vater) überhaupt nicht mehr zu Recht bestanden und insoweit hienach und nach Verausgabung der 40 % aus der Masse ihre sonst volle Befriedigung aus letzterer in Frage gestellt wurde. Eine diesbezügliche (in der Folge in den Gründen des Urteils II S. gewürdigte) Behauptung haben sie aber lediglich in ersterer, nicht auch in letzterer Beziehung aufzustellen vermocht. D. E.

dem Wege der Veräußerung eines Teils der Massemittel anstrebte, daher zum Mindesten nach außen d. h. vorbehältlich der Verantwortlichkeit des Konkursverwalters gegenüber den Gläubigern [1]) und gegenüber dem Konkursgericht [2]) in der Befugnis des Konkursverwalters lag. Hienach war die Giltigkeit des Forderungskaufs in Frage nicht zu bezweifeln und der aus der angeblichen Nichtigkeit desselben gegen die Sachlegitimation erhobene Einwand des Beklagten zu verwerfen [3]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 29. Oktober 1891 in Sachen Ott c. Berger.

IV. Durch Urteil des 6. Civilsenats des Reichsgerichts vom 27. Juni 1892 wurde der gegen die Annahme des Oberlandesgerichts, der Ankauf der fraglichen Forderungen Seitens des Konkursverwalters involviere ein in der Verwaltungsbefugnis desselben gelegenes Rechtsgeschäft, gerichtete Revisionsangriff, begründet insbesondere damit: „in Wirklichkeit liege ein außerhalb der gesetzlichen Befugnisse des Konkursverwalters liegendes und schon aus diesem Grunde nichtiges Spekulationsgeschäft vor; überdies würden durch dasselbe der Anspruch der Konkursgläubiger auf konkursmäßige Befriedigung und die diesem Anspruch entsprechende Verpflichtung des Konkursverwalters verletzt; die Entscheidung des Berufungsgerichts verstoße insbesondere gegen die §§ 1, 2, 5, 157 der Konk.Ordnung" verworfen [4]).

1) K.O. §§ 74 und 124.

2) Vgl. K.O. § 76.

3) Die Frage sowohl, ob aus der Nichtigkeit des Erwerbsgrunds (des Kaufs) auch die Nichtigkeit des Erwerbs (der Cession) selbst folgen würde als die weiteren Fragen, ob die Beklagten befugt wären, die eine wie die andere Nichtigkeit ihrerseits als debitores cessi geltend zu machen, (cf. Ziff. II Abs. 1 oben) blieb hienach dahingestellt. D. E.

4) Im übrigen wurde die Sache wegen einer in der Revisionsinstanz neu plaidierten Einrede, deren thatsächliche aber ungenügend aufgehellte Grundlage von dem Revisionsrichter als im Thatbestand II J. enthalten erachtet wurde, unter Aufhebung des ergangenen Urteils in die vorige Instanz zur weiteren Verhandlung hierüber zurückverwiesen. D. E.

Gründe: „Der § 1 der Konkursordnung bestimmt und begrenzt die Konkursmasse dahin, daß sie bestehe aus dem gesamten einer Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Das ist allerdings zwingende Vorschrift, insofern als nur das zur angegebenen Zeit dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen von dem Konkursverfahren ergriffen wird, späterer Vermögenserwerb des Gemeinschuldners aber hiervon nicht berührt wird. Allein hieraus kann der Satz, daß der Konkursverwalter nicht befugt sei, neue, aus den Mitteln des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens zu erfüllende, auf den Erwerb von Vermögenswerten für die Konkursmasse gerichtete Rechtsgeschäfte abzuschließen, und daß solche Rechtsgeschäfte nichtig seien, nicht abgeleitet werden. Die Frage, ob und inwieweit der Konkursverwalter befugt ist, derartige Rechtsgeschäfte abzuschließen, kann vielmehr nur beantwortet werden aus denjenigen Vorschriften der Konkursordnung, welche sich auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Konkursverwalters, auf den Zweck dieser Verwaltung und auf das Recht der Konkursgläubiger auf gemeinschaftliche Befriedigung aus der Konkursmasse beziehen. Diese Vorschriften stehen dem Revisionsangriff nicht zur Seite.

Das dem Konkursverwalter zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht hat allerdings in dem Befriedigungsrechte der Konkursgläubiger Grund und Ziel (Konkursordnung §§ 2, 5, 107). Aus der hieraus sich ergebenden Beschränkung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes ergiebt sich ohne Weiteres, daß dem Konkursverwalter untersagt ist, Bestandteile der Konkursmasse ohne alle Gegenleistung schenkungsweise hinzugeben, z. B. eine zur Konkursmasse gehörige Forderung schenkungsweise zu erlassen, wogegen die Ungiltigkeit eines vergleichsweisen Erlasses hieraus nicht gefolgert werden könnte[1]).

---

1) Urteil des 6. Civilsenats vom 10. Mai 1886 in Sachen Dotterweich wider Krämer, Rep. IIIa 17/86, juristische Wochenschrift 1886 S. 186 Nr. 15; K.O. § 121 Nr. 2.

Abgesehen von solchen augenscheinlich gegen Grund und Zweck der Verwaltungsbefugnis des Konkursverwalters verstoßenden Akten kann aber ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die Giltigkeit eines von dem Konkursverwalter in Ausübung der ihm durch das Gesetz übertragenen Verwaltung der Konkursmasse für dieselbe abgeschlossenen Rechtsgeschäftes nicht von der Prüfung der Frage abhängig gemacht werden darf, ob dieses Geschäft oder sein praktischer Erfolg für die Zwecke der Verwaltung nötig oder förderlich ist, insbesondere ob durch seine Realisierung die Konkursmasse vermehrt oder vermindert wird. Der Konkursverwalter kann hiernach nicht bloß reine Erwerbsgeschäfte für die Konkursmasse vornehmen [1]), sondern auch entgeltliche, aus der Konkursmasse zu erfüllende, auf eine Veränderung der Masse oder einen Erwerb für dieselbe gerichtete Rechtsgeschäfte abschließen; und es versteht sich von selbst, daß, was der Konkursverwalter in solcher Weise erwirbt, zu der dem Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger gewidmeten Konkursmasse hinzutritt, bezw. an die Stelle des aus der Konkursmasse zu leistenden Aequivalents in die letztere fällt.

Das Gesetz selbst ist in dieser Beziehung ganz klar. Es enthält, von § 2 der K.O. abgesehen, keine Beschränkung der Verwaltungsbefugnis des Verwalters. Die §§ 121 ff. binden ihn allerdings bei gewissen Akten der Verwaltung und Rechtsgeschäften an die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung und machen ihm unter Umständen das vorherige Gehör des Gemeinschuldners zur Pflicht, aber, wie aus § 124 erhellt, nur im Verhältnisse zu den Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner, nicht gegen Außen. Ein entgegen den bezeichneten Vorschriften von dem Verwalter vorgenommenes Geschäft ist rechtsgiltig und macht ihn nur den Gläubigern, eventuell dem Gemeinschuldner verantwortlich (§ 74).

Unter den in den §§ 121, 122 aufgezählten Rechtsge-

1) S. Entsch. des Reichsg. in Civils., Bd. 26 S. 67.

schäften sind solche, welche ersichtlich gerade auf eine Veränderung der Masse gegen Entgelt oder auf eine Belastung derselben gerichtet sind (vgl. bes. § 122 Nr. 2). Auch sie sind giltig, wenn der Verwalter dieselben ohne Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung und ohne Gehör des Gemeinschuldners vorgenommen hat. Ueberdies darf aus den Vorschriften der §§ 121 ff. nicht geschlossen werden, daß andere daselbst nicht genannte Geschäfte wichtiger und außergewöhnlicher Art dem Verwalter überhaupt untersagt und nichtig wären. Ebenso hat die Aufsicht des Konkursgerichts über den Konkursverwalter (§§ 75, 76) nicht die Bedeutung, daß dasselbe die Zweckmäßigkeit und Ersprießlichkeit der Verwaltungsakte des letzteren zu prüfen hätte, so daß solche im Falle des Einspruches des Konkursgerichts nichtig wären; nur pflichtwidrige Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters kann und soll das Konkursgericht, ohne Einmischung in die Verwaltung, ahnden. Diese aus dem Gesetz sich ergebende Auffassung der Rechtsstellung des Verwalters wird ebenmäßig in den Motiven bestätigt, wie in der Litteratur anerkannt. Die Motive (vgl. zu §§ 5, 52, 75, 76, 107, 124) betonen besonders die grundsätzlich unabhängige Stellung des Verwalters in der Disposition über die Konkursmasse, wonach er alles zu thun berechtigt sei, was mit dem Zwecke vereinbar ist, behufs der Befriedigung der Konkursgläubiger die Masse zu verwerten (im weitesten Sinne dieses Wortes), sowie daß die Rechtsbeständigkeit seiner Handlungen, auch im Interesse der Sicherheit des Verkehrs, nicht danach beurteilt werden dürfe, ob sie thatsächlich für jenen Zweck nötig oder förderlich seien, unbeschadet lediglich der, wie bemerkt, nur für das Verhältnis des Verwalters zu den Gläubigern und dem Gemeinschuldner bestimmten Vorschriften in §§ 121—124. Das Korrektiv wird in seiner eventuellen Haftbarkeit diesen Personen gegenüber gefunden. Wenn in der Litteratur da und dort unter Anerkennung der freien Stellung des Verwalters in der Verwaltung der Konkursmasse diese Stellung mit derjenigen des Liquidators einer Handels-

gesellschaft verglichen wird, so kann sogar dies, namentlich im Hinblick auf die in Artikel 137 des Handelsges.Buchs enthaltenen Beschränkungen der Befugnisse des Liquidators, als richtig nicht anerkannt werden, auch dann nicht, wenn man den Konkurs selbst als laufendes oder schwebendes Geschäft ansehen möchte. Die Revision macht aber insbesondere geltend, daß dem in Frage stehenden Cessionsgeschäft der Charakter eines Verwaltungsgeschäfts überhaupt abzusprechen, dasselbe vielmehr als reines Spekulationsgeschäft aufzufassen sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob unter Umständen vielleicht ein Geschäft des Verwalters der Gültigkeit ermangeln kann, wenn es sich wirklich als ein reines Spekulationsgeschäft darstellt, z. B. wenn er mit Mitteln der Konkursmasse für deren Rechnung an der Börse spielt. Es könnte sich fragen, ob in solchem Falle ein innerhalb des Wirkungskreises des Verwalters liegendes, auf die Befriedigung der Gläubiger abzielendes Verwaltungsgeschäft vorliege. Diese Frage ist hier jedoch nicht zu entscheiden. Um ein Spekulationsgeschäft handelt es sich nicht. Der Konkursverwalter hat, woran, auch abgesehen von der Zustimmung des Gläubigerausschusses, kein Zweifel bestehen kann, in Ausübung der Verwaltungsbefugnis einen Teil der Konkursgläubiger abgefunden, dergestalt, daß sie überhaupt aus dem Konkursverfahren ausscheiden, um durch den Erwerb ihrer gegen die Beklagten begründeten Forderungen für die Konkursmasse diese und damit die Mittel zur Befriedigung der übrigen Konkursgläubiger zu vermehren. Das Abfindungsgeschäft verfolgt hiernach deutlich lediglich den Zweck der Befriedigung der Konkursgläubiger. Gewagt war das Geschäft allerdings von Anfang an, schon weil der Verwalter ohne einen gegen die Beklagten zu führenden, in seinem Ausgange unsicheren Prozesse kaum den beabsichtigten Zweck zu erreichen hoffen durfte. Gewagte Geschäfte sind jedoch dem Verwalter an sich nicht untersagt, wie sich aus den §§ 121, 122, 124 der K.O. zur Genüge ergibt.

Der Konkursverwalter hat durch den Abschluß des fraglichen Cessionsgeschäftes auch den Anspruch der Konkursgläubiger

auf gleichmäßige Befriedigung aus der Konkursmasse nicht verletzt. Nach den die Grundlagen des Verfahrens bildenden §§ 1, 2 der Konkursordnung kann allerdings innerhalb des Konkurses eine Befriedigung der Konkursgläubiger nur in Gemäßheit der Bestimmungen des Gesetzes erfolgen und hat jeder Konkursgläubiger ein Recht darauf, aus der Masse gemäß den gesetzlichen Vorschriften befriedigt zu werden, an bevorrechtigter Stelle, bezw. anteilmäßig. Diesen sogenannten Konkursanspruch wollte der Verwalter nicht verletzen und das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft hat eine Verletzung des Anspruches nicht zur Folge. Nicht für die abgefundenen Konkursgläubiger, denn sie sollen nicht als Konkursgläubiger zu einer höheren Dividende, als die anderen Konkursgläubiger aus der Masse befriedigt werden und werden nicht in solcher Weise befriedigt, vielmehr schieden sie zufolge des Vertrages durch welchen der Verwalter ihnen ihre gesamten Forderungen abkaufte, aus dem Konkurse aus, dergestalt, daß diese Forderungen Bestandteil der Konkursmasse wurden und sie auf Befriedigung aus der letzteren verzichteten. Aus der Masse hatten sie nur zu erhalten den Kaufpreis für die an die Konkursmasse veräußerten Forderungen. Die übrigen Konkursgläubiger sollen selbstverständlich aus der so gebildeten bezw. nach der Absicht des Verwalters möglichst vermehrten Konkursmasse konkursmäßig befriedigt werden, und zwar auch die Beklagten. Ihnen bleibt ihr Befriedigungsrecht an der ihnen gebührenden, bevorrechtigten Stelle. Nur sollen sie dasjenige, was sie als Erben ihres verstorbenen Vaters den Cedenten der Konkursmasse, nun der letzteren zu zahlen schuldig sind, in die Konkursmasse zahlen. Auch wenn der Konkursverwalter gegen ihre an bevorrechtigter Stelle zum Zug kommende Konkursforderung mit den cedirten Forderungen aufrechnete, wäre es so anzusehen, als ob sie aus der Konkursmasse befriedigt würden, indem sie zufolge der Aufrechnung den Wert ihrer Forderungen durch entsprechende Befreiung ihrer Schuld aus der Konkursmasse erhielten. In dieser Richtung liegt der Fall rechtlich nicht anders, als wenn der Kon-

kursverwalter Forderungen, welche dritten am Konkurse nie beteiligt gewesenen Personen gegen die Beklagten zugestanden hätten, erworben haben würde. Aus dem Bemerkten ergiebt sich endlich, daß der Konkursverwalter auch die Vorschrift des § 107 der K.O. nicht verletzt hat. Denn derselbe hat nicht im Verteilungsverfahren Zahlungen an andere als bevorrechtigte Gläubiger geleistet, sondern nur denjenigen Konkursgläubigern, deren Forderungen er für die Konkursmasse erwarb, den vereinbarten Kaufpreis aus der Masse bezahlt."

II.

Abhandlungen.

VII.

Ueber die vorläufige Vollstreckbarkeit der in Endurteilen enthaltenen Kostenentscheidung.

Von

Amtsrichter Gmelin in Stuttgart.

Das in der Ueberschrift bezeichnete Thema wird gewöhnlich unter Beschränkung auf die spezielle Frage behandelt, ob klagabweisende Urteile im Kostenpunkt (oder wegen der Kosten) für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind.

Bekannt ist, wie verschieden diese Frage in der Litteratur[1]) beantwortet worden ist.

Den Ausgangspunkt des Streites bildete die Auslegung der Nr. 4 des § 649 C.P.O. Die richtige Ansicht, wonach diese Gesetzesbestimmung nur dann Anwendung findet, wenn in der Hauptsache eine verurteilende Entscheidung über einen vermögensrechtlichen Anspruch ergeht, dessen Streitwert den Betrag von 300 Mk. nicht übersteigt, ist von Hall-

---

1) Boost in Wengler's Archiv, 1881 S. 321; Hallbauer in Rassow-Künzel's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 27 S. 14 ff. (1883); Auerbach in derselben Zeitschrift Bd. 29 S. 123 ff. (1885); Just im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 68 S. 123 ff. (1885); Hellmann, Lehrbuch des Civilprozeßrechts S. 808 ff. — Kommentare: Struckmann-Koch, 5. Aufl., Note 5 zu §§ 648 bis 659 und Note 4 zu § 649; Gaupp, 2. Aufl, Bem. I 3 zu § 648, Bem. III zu § 649; Wilmowski-Levy, 6. Aufl., Anm. 2 und 6 zu § 648, Anm. 2 und 4 zu § 649; Reincke, 1. Aufl, S. 572 ff.; Seuffert, 5. Aufl., Anm. 3 zu § 648.

bauer (s. Note 1 S. 227) mit der Wirkung verteidigt worden, daß sie zur Zeit jedenfalls als die herrschende anzusehen ist [1]).

Dagegen ist die weitergehende, von Hallbauer [2]) nur angedeutete, von Seuffert [3]) näher begründete Meinung, daß alle klagabweisenden Urteile nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, nicht allgemein als richtig anerkannt.

Im Folgenden soll gezeigt werden, daß aus prinzipiellen Gründen, die sich einerseits aus dem Begriff der Vollstreckbarkeit, andererseits aus dem Verhältnis der Kostenentscheidung zur Entscheidung in der Hauptsache ergeben, sämtlichen Urteilen, welche nicht Leistungsurteile sind, vorläufige Vollstreckbarkeit auch im Kostenpunkt nicht zukommen kann.

A) Begriff der Vollstreckbarkeit.

Zwangsvollstreckung ist die mit staatlicher Hilfe erfolgende Verwirklichung des dem Richterspruch entsprechenden thatsächlichen Zustands [4]). Sie vollzieht sich in einem durch die Civilprozeßordnung und, soweit Zwangsvollstreckung in Immobilien in Frage kommt, durch die Landesgesetze geregelten, ein besonderes Stadium des Rechtsstreits bildenden [5]) Verfahren.

Die wichtigsten richterlichen Entscheidungen, welche als Grundlage der Zwangsvollstreckung in Betracht kommen, sind die den Rechtsstreit ganz oder teilweise unbedingt erledigenden Endurteile.

Was ihre Klassifizierung betrifft, so erscheint als zutreffend und erschöpfend die von Wach [6]) aufgestellte Dreiteilung, wonach neben den auf Feststellung und den auf Leistung ge-

1) Ihr folgen namentlich Wilmowski-Levy, Anm. 4 zu § 649 und, seit der 5. Aufl, Struckmann-Koch, S. 708; Gaupp, Bem. III zu § 649. — Aus der Praxis: Seuffert's Archiv, Bd. 44 Nr. 290, Bd. 47 Nr. 78. (Abweichend neuerdings wieder Bd. 47 Nr. 300.)

2) a. a. O. S. 35.

3) Kommentar a. a. O.

4) Wach, Handbuch des D. C.P.Rechts, Bd. 1 S. 12, 129; Plank, Lehrbuch, Bd. 1 S. 483 ff.

5) Wach a. a. O. S. 33.

6) a. a. O. S. 12; vgl. desselben Schrift: der Feststellungsanspruch (Leipzig 1889) S. 29.

richteten Urteilen eine dritte Kategorie anzuerkennen ist, deren Wesen darin besteht, daß der von einer Partei begehrte Erfolg sofort mit Eintritt der Rechtskraft ohne Vollstreckungshandlung rechtswirksam hergestellt wird. Zu dieser dritten Gruppe gehört beispielsweise: Scheidung der Ehe, Aufhebung der Entmündigung, des Schiedsspruches (falls aus diesem noch nicht Vollstreckungsurteil erging[1])), Verweisung des Rechtsstreites von dem unzuständigen an das zuständige Gericht (wodurch gemäß § 249 Abs. 2, § 466 Abs. 2 Rechtshängigkeit bei dem letzteren begründet wird).

Im Gegensatz zu den Feststellungsurteilen, welche nur das zu Recht Bestehende deklarieren wollen, sind die ebenerwähnten Urteile von konstitutiver Natur[2]), indem sie kraft der ihnen innewohnenden autoritativen Macht Rechtsbeziehungen der Parteien für die Zukunft in einer von dem bisherigen Zustand abweichenden Weise regeln; sie haben mit jenen das gemein, daß eine Realisierung des Urteilsinhalts durch einen äußerlich hervortretenden Eingriff in die bestehenden thatsächlichen Verhältnisse nicht stattfindet.

Durch das zuletzt erwähnte Moment unterscheiden sich die erwähnten beiden Kategorien von den eigentlichen Leistungsurteilen, worunter zu verstehen sind die mit der Auflage zum Handeln[3]), Dulden, Unterlassen verbundenen, „das Recht zur zwangsweisen Veränderung des Zustandes begründenden" Sentenzen[4]). Daß in dieser unmittelbaren Richtung auf die Zwangsvollstreckung das unterscheidende Merkmal des Leistungsurteils gelegen ist, hat schon Weismann[5]) darge-

1) Ist letzteres der Fall, so ist die das Vollstreckungsurteil aufhebende Entscheidung Verurteilung des früheren Siegers zur Leistung, s. unt. S. 232, 233.

2) Wilmowski-Levy (6. Aufl.) Bd. 1, S. 363 und 373; Motive zum Entwurf d. B. G.-B., Bd. 1 S. 369.

3) Auch derjenige handelt, der eine Willenserklärung abgibt.

4) Wach, Handbuch S. 12.

5) Weismann, die Feststellungsklage (1879), S. 113—136, 150 ff.; vgl. Loening in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 4 S. 183; Wilmowski-Levy, 6. Aufl., Anm. 6 zu § 231.

legt. Man hat zur Widerlegung dieser Ansicht auf Fälle hingewiesen [1]), in welchen Leistungsurteile nicht vollstreckbar, Feststellungsurteile vollstreckbar sein sollen. In erster Richtung nimmt Rocholl Bezug auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts [2]), welche die auf Ersatz eines der Höhe nach in besonderem Verfahren festzusetzenden Schadens gerichtete Klage zu den Leistungsklagen rechnen wollen. Allein es ist nunmehr durch Plenarentscheidung des Reichsgerichts [3]) die richtige Auffassung zur Geltung gekommen, wonach diese Klage als Feststellungsklage anzusehen und nur unter den in § 231 C.P.O. bestimmten Voraussetzungen zuzulassen ist. Auf der andern Seite will neuerdings Wach [4]) diejenigen Urteile, welche sich auf eine betagte oder bedingte Leistung beziehen, unterschiedslos zu den Feststellungsklagen rechnen und aus ihnen nach Eintritt des Termins oder der Bedingung nach § 664 die Vollstreckung zulassen. Allein bei Urteilen der bezeichneten Art muß vielmehr geprüft und nötigenfalls mit Hilfe der Entscheidungsgründe festgestellt werden, ob das Gericht lediglich die Existenz des klägerischen Anspruchs bejahen oder ob es zugleich anordnen wollte, daß der dem objektiven Recht entsprechende Zustand thatsächlich hergestellt werde. Nur im ersten Fall ist das Urteil Feststellungsurteil, im zweiten Fall liegt ein Leistungsurteil vor, und nur aus diesem findet nach Eintritt des Termins oder der Bedingung die Zwangsvollstreckung statt, weil nur in ihm der maßgebende Wille des Richters auf zwangsweise Realisierung des dem Urteilsinhalt entsprechenden thatsächlichen Zustands gerichtet ist. Die Beantwortung der Frage, ob eine auf ein künftiges oder bedingtes Recht abgestellte Klage

1) Rocholl in der Ztschr. f. d. C.P. Bd. 8 S. 255; Wach, der Feststellungsanspruch S. 35, 36.

2) Nämlich die in den Entscheidungen des R.G. in Civilsachen Bd. 10, S. 413, 418 abgedruckten Urteile.

3) eod. Bd. 21 S. 382 ff.

4) s. Note 1 oben; richtig derselbe in seinem Handbuch § 2 Ziff. II, insbesondere S. 17 Note 14. — Keine Zwangsvollstreckung aus wirklichen Feststellungsurteilen: Dernburg, Pandekten Bd. I. § 134 Note 6; Seuffert's Archiv, Bd. 47 Nr. 302.

Feststellungs- oder Leistungsklage sei, hängt, da das Wesen der erhobenen Klage nach dem Inhalt der begehrten Entscheidung sich bestimmt [1]), davon ab, ob der Kläger bloße Feststellung oder Verurteilung zu einem Handeln (Unterlassen) will. Dabei entscheidet sich nach dem materiellen Recht, ob eine Klage auf künftige Leistung zulässig ist [2]). Würde man mit Wach dem Feststellungskläger Vollstreckungsbefugnis beilegen, so läge darin ein gegen § 279 C.P.O. verstoßendes Hinausgehen über den Klagantrag [3]). Das Verhältnis des Feststellungs- zum Leistungsurteil findet seine Analogie in demjenigen der einfachen und der vollstreckbaren (§ 702 Nr. 5) Schuldurkunde [4]): Feststellungsurteil und gewöhnlicher Schuldschein bezwecken lediglich Liquidstellung der konkreten Rechtsbeziehung zwischen den Parteien; durch Leistungsurteil und vollstreckbare Schuldurkunde wird, — dort kraft Richterspruchs, hier durch Parteiakt — für den Gläubiger die in seinem Recht auf Leistung wurzelnde Befugnis zur Zwangsvollstreckung begründet. Beim vorläufig vollstreckbaren Urteil tritt dies Verhältnis auch äußerlich hervor: hier wird die Befugnis zur (sofortigen) Vollstreckung als Teil des Streitgegenstands behandelt [5]) und zutreffenden Falls dem Kläger im Urteilstenor ausdrücklich zuerkannt. Die angeordnete vorläufige Vollstreckbarkeit gestattet daher einen Rückschluß darauf, daß das erlassene Urteil nicht ein Feststellungsurteil ist [6]).

Auf einem offenbaren Irrtum beruht es, wenn mehr-

1) Weismann a. a. O. S. 113; Degenkolb, Einlassungszwang S. 136.

2) Vgl. gegen Wach, Feststellungsanspruch S. 45 M. Levy in Rassow-Küntzel's Beiträgen Bd. 35 S. 164; Vierhaus in der Zeitschrift f. d. C.P. Bd. 14 S. 286, 287; Gaupp, Bem. V Ziff 5 zu § 231; Wilmowski-Levy (6. Aufl.) Anm. 6 zu § 231.

3) Weismann S. 117.

4) derselbe S. 121 Anm. 2.

5) Motive zu C.P.O. S. 388 Ziff. II (Hahn, Materialien zur C.P.O. I. Abt. S. 421); Jahrbücher der württ. Rechtspflege Bd. 3 S. 420, 421.

6) Entsch. des R.G. Bd 14. S. 416, 417.

fach[1]) die Befugnis zur Vollstreckung mit der thatsächlich im einzelnen Fall vorhandenen, präsenten Möglichkeit der Zwangsvollstreckung identifiziert wird. Jene ist von dieser durchaus unabhängig. Wenn z. B. die Durchführung der Zwangsvollstreckung in den Fällen der §§ 773—775 C.P.O. an eine zuvorige imploratio judicis geknüpft ist, so bildet doch das Urteil und seine Vollstreckbarkeit die rechtliche Grundlage der im Zwangsvollstreckungsverfahren getroffenen richterlichen Verfügungen, wie sich darin zeigt, daß letztere ohne zuvorige Zustellung des Urteils nicht getroffen werden dürfen; ehe der Gläubiger die actio judicati auf das Interesse (§ 778) anstellt, kann er zuvor das zu seinen Gunsten ergangene Urteil in jeder zulässigen Weise, insbesondere zur Herbeiführung des schuldnerischen Offenbarungseides (§ 769), im Vollstreckungsverfahren verwerten u. s. f. Die faktische Unmöglichkeit der Vollstreckung kann den rechtlichen Charakter des Urteils als eines vollstreckbaren ebensowenig alterieren, als eine zeitweilige Suspension der Vollstreckungsbefugnis dies vermag.

Als Verurteilung zur Leistung ist auch anzusehen[2]) die im Urteil enthaltene Aufhebung früherer vollstreckbarer Entscheidungen, z. B. des Arrests und der einstweiligen Verfügung (§ 648 N. 5), eines früheren Leistungsurteils (sei es gemäß § 686 oder im Einspruchs- oder Wiederaufnahmeverfahren), des Vollstreckungsurteils aus einem Schiedsspruch gemäß § 870 Abs. 3, endlich die Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils gemäß § 656. Denn die Urteile des ebenerwähnten Inhalts sprechen nach Maßgabe des § 692 zugleich die Verpflichtung des Gegners zur Rückgängigmachung der bereits vollzogenen Vollstreckungsmaßregeln aus. Auch hier können rein faktische Verhältnisse dem Urteil den Charakter eines Leistungsurteils nicht entziehen; es wäre daher z. B. die vorläufige Vollstreckbarkeit gemäß § 648 N. 5 auch dann anzuordnen, wenn aus den Parteivorträgen erhellen würde, daß

1) Vgl. die oben S. 230 Note 2 citierten E. E. d. R.G.; Wach, Feststellungsanspruch S. 56; Loening a. a. O. S. 185; Rocholl a. a. O. S. 355.

2) Vgl. auch E. d. R.G. Bd. 4 S. 113 (Aufhebung einer Pfändung).

der aufzuhebende Arrest noch nicht zur Vollstreckung gelangt sei, umsomehr als ja der Gläubiger noch in der seit der Verkündung bis zur Zustellung des Urteils verfließenden Zeit mit Vollstreckungshandlungen vorgehen könnte.

Eine eigentümliche Stellung nimmt das den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtende Urteil ein. Seiner inneren Natur nach zu den Leistungsurteilen gehörig[1]), ist ihm durch die positive, auf Zweckmäßigkeitsrücksichten beruhende[2]) Bestimmung des § 779 der Charakter einer vollstreckungsfähigen Entscheidung entzogen und dadurch ist es den oben S. 229 erwähnten Urteilen konstitutiven Inhalts gleichgestellt. Welche Konsequenzen hieraus sich ergeben, muß für jeden Fall besonders untersucht werden (s. unten S. 237 ff.).

Es erübrigt noch, hier einen Blick auf die möglichen Fälle des Feststellungsurteils, also reiner Rechtsbejahung oder -verneinung zu werfen. Feststellungsurteil liegt vor, wenn entweder gemäß § 231 C.P.O. das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, bezw. die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde bejaht, oder wenn die Klage abgewiesen, also der vom Kläger geltend gemachte Anspruch, das von ihm behauptete Rechtsverhältnis, die zur Entscheidung verstellte Echtheit oder Unechtheit der Urkunde, das klägerische Feststellungsinteresse, die beklagtische Einlassungspflicht verneint[3]) wird.

Die Thatsache, daß das Leistungsurteil die einzige Form

1) S. oben S. 229 Note 3.

2) Motive S. 443 (Hahn S. 466).

3) Verneinung der Einlassungspflicht ist, außer in der Abweisung der Klage Mangels der Prozeßvoraussetzungen, in der Verwerfung des formell mangelhaft erhobenen Rechtsmittels enthalten; dagegen ist die das Rechtsmittel aus materiellen Gründen verwerfende Entscheidung trotz ihrer äußeren Form nicht Feststellung, sondern Bestätigung des zu Unrecht angegriffenen Urteils, wie dies bezüglich des Einspruchs in § 308 zu Tage tritt, und es bestimmt sich daher die Vollstreckbarkeit einer solchen Entscheidung nach dem Inhalt des bestätigten Urteils.

ist, in welcher dem obsiegenden Teil das Recht zur Zwangsvollstreckung Seitens des Gerichts zugesprochen werden kann, wird nach zwei Richtungen hin von praktischer Bedeutung: nur das Leistungsurteil bildet die mögliche Grundlage sowohl des Vollstreckungsurteils, als auch der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit.

Dies ist gegen die abweichende Ansicht des Reichsgerichts [1]) zu beweisen.

1) Nach den §§ 660, 868 C.P.O. findet die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil eines ausländischen Gerichts und aus einem Schiedsspruch nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist. Vor der Erlassung des letztern erfolgt eine Prüfung gewisser Voraussetzungen, welche in den §§ 661, 868 Abs. 2 vergl. mit 867 positiv bezeichnet sind. Das gesetzgeberische Motiv ist dies, daß der Staat ohne jene Prüfung dem Gläubiger den Angriff gegen den Schuldner nicht gestatten, und ohne sie seine Zwangsgewalt zur Verwirklichung jener vorangegangenen Sentenzen nicht zur Verfügung stellen will [2]). Das Verfahren findet also nur statt, wo nach dem Inhalt des ausländischen Urteils oder des Schiedsspruchs eine Zwangsvollstreckung überhaupt möglich ist [3]). Abgesehen von der Befugnis zur Vollstreckung, hat der Schiedsspruch gemäß § 866 und das ausländische Urteil auch ohne die Voraussetzungen des § 661 Rechtskraftwirkung [4]).

---

1) Urteil des VI. Civilsenats vom 28. Juni 1886, Entsch. in Civils. Bd. 16 S. 420 ff. (Seuffert's Archiv Bd. 42 Nr. 84; Reichsanzeiger bes. Beil. 1886 S. 306 ff.; Jurist. Wochenschrift von 1886 S. 273); zustimmend Urteil des I. Senats vom 11. Januar 1890, Entsch. Bd. 25, S. 377.

2) Wach, Handbuch, S. 224; Gaupp, Bem. II zu § 660.

3) Wach a. a. O., S. 225: „die Vollstreckungsklage ist — gerichtet auf Verleihung der Vollstreckbarkeit".

4) S. über letztere Kontroverse jetzt Gaupp, Bem. VIII zu § 661. — Wäre die Annahme des R.G. (Bd. 16 S. 421), die C.P.O. erfordere die Erlassung eines Vollstreckungsurteils für jeden Schiedsspruch, wenn er die vollen Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils haben solle, richtig, so wäre unerfindlich, wozu der § 866 im Gesetz stünde.

Zutreffend führt in dieser Beziehung der I. Civilsenat des Reichsgerichts aus [1]), daß dasjenige ausländische Urteil, zu welchem ein Vollstreckungsurteil erlassen werden solle, einen Ausspruch erhalten müsse, der nach den Bestimmungen des VIII. Buchs der C.P.O. zur Vollstreckung gebracht werden könne, daß dieses Erfordernis aber bei einem Präjudizialurteil nicht zutreffe, weil dieses „seinem Wesen nach, folglich so wenig in Oesterreich als innerhalb des deutschen Reiches exequierbar" sei. Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung lehren Francke und Wach [2]), Vollstreckung aus dem ausländischen Urteil könne nur gewährt werden, falls dasselbe seiner Natur nach vollstreckbar sei. „Vollstreckbar" bedeutet ja, wie sich aus der Vergleichung mit ähnlich zusammengesetzten juristischen Kunstausdrücken (z. B. klagbar, anfechtbar) ergibt, nichts anderes als dasjenige, was vollstreckt werden kann und darf. Dies ist auch die Auffassung der Motive [3]), wenn sie zu den §§ 597, 598 des Entwurfs unter der Ueberschrift „vollstreckbare Schuldtitel" anführen: es kommen hier selbstverständlich nur solche Urteile in Betracht, welche ihrer Natur nach einer Vollstreckung fähig seien, was (unter anderm) hinsichtlich der nur die Verpflichtung zum Schadensersatz aussprechenden Urteile nicht der Fall sei. Hiemit stimmt auch der sonstige Sprachgebrauch des Gesetzes überein. So ist „vollstreckbare Ausfertigung" (§§ 662 ff. u. a. St.) eine solche, welche dem Gläubiger zum Zweck der Zwangsvollstreckung erteilt wird. So bedeutet in § 691 Nr. 1 [4]) vollstreckbare Entscheidung diejenige, welche dem Gläubiger als rechtskräftige oder gemäß § 655 Abs. 1 vollstreckbare die Befugnis zur Wiederaufhebung der vorgenommenen Vollstreckungsmaßregeln(§ 692) gewährt. Endlich sind die von der Theorie und den Motiven sogenannten „vollstreckbaren Urkunden" nach § 22 E.G. zu C.P.O. (vergl. § 706

---

1) Entsch. d. R.G. Bd. 9 S. 372, 373.

2) a. a. O. S. 20, bezw. S. 227 Note 21; übereinstimmend die Kommentare.

3) S. 392 (Hahn, S. 425).

4) Vgl. Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 691.

C.P.O.) solche, „aus welchen die Zwangsvollstreckung zulässig ist."

Hieraus ergiebt sich die Unhaltbarkeit der vom 6. Civilsenat des R.G.[1]) aufgestellten Ansicht: der Ausdruck „vollstreckbar", den die C.P.O. vom Urteil gebrauche, bedeute nicht soviel wie vollstreckungsfähig, sondern kennzeichne das Urteil als „giltig, rechtswirksam, unanfechtbar". Daß die Vollstreckbarkeit mit der Unanfechtbarkeit lediglich nichts gemein hat, ergibt sich aus dem Rechtsgebilde des vorläufig vollstreckbaren Urteils: hier wird trotz der bestehenden Anfechtbarkeit der Entscheidung dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt, einstweilen (d. h. bis zum Eintritt der Rechtskraft und vorbehaltlich einer abändernden Entscheidung im Sinne der §§ 655—657) mit der Vollstreckung vorgehen zu dürfen. Dagegen soll und kann durch die Vollstreckbarkeitserklärung gemäß §§ 648 ff. an der Giltigkeit und Rechtswirksamkeit des Urteils in seinen anderweiten Beziehungen nicht das Geringste geändert werden. Es findet eine Antizipation der regelmäßig nur dem rechtskräftigen Urteil zukommenden Wirkung lediglich in dieser Einen Richtung, nämlich hinsichtlich der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, statt[2]). Wäre vollstreckbar identisch mit „rechtswirk-

1) Urteil vom 28. Juni 1886 (vgl. oben S. 234 Note 1).

2) Wach a. a. O. S. 224 Note 14; Planck, Lehrbuch, Bd. 1 S. 484 Note 4. — Es ist auf das Bestimmteste der Ansicht zu widersprechen, als ob der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit die Bedeutung zukäme, daß durch dieselbe die materiellen Wirkungen der Rechtskraft überhaupt antizipiert würden (Zeitsch. für dtsch. C.P. Bd. 14 S. 265). So sehr es verständlich ist, daß auf diese Weise ein Korrektiv gegen den Suspensiveffekt des einzulegenden Rechtsmittels gesucht wird, auf Grund dessen das anfechtbare Urteil zu dem bloßen „Versuch eines Urteils" herabgedrückt wird (Savigny, System, Bd. 6 S. 297), so gewiß erscheint daß die C.P.O. hier materiellrechtliche Bestimmungen — und zu ihnen gehören die Vorschriften über die Urteilswirkung — nicht treffen wollte; s. namentlich den Wortlaut des § 644 Abs. 1. — Der Entw. e. B. G.B. § 191 (Motive Bd. 1 S. 368) bestimmt nur die Wirkung des rechtskräftigen Urteils, und sanktioniert damit stillschweigend die Wirkungslosigkeit des noch nicht rechtskräftigen Urteils.

sam" oder „giltig", so läge in den §§ 73 Abs. 4, 236 Abs. 3, wonach gewisse Entscheidungen gegen bestimmte dritte Personen „wirksam und vollstreckbar" sein sollen — da vollstreckbar auch hier gewiß nicht unanfechtbar bedeutet [1]) — eine vollkommene Tautologie vor.

2) In obigen Ausführungen ist auch schon die Antwort auf die Frage enthalten, welche Urteile für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können. Denn ist die vorläufige Vollstreckbarkeit nichts anderes, als die provisorisch erteilte Befugnis zur Zwangsvollstreckung, so versteht es sich von selbst, daß sie nur solchen Entscheidungen zukommen kann, die ihrer Natur nach einer Vollstreckung fähig sind, d. h. nur den Leistungsurteilen in dem oben S. 229 ff. erwähnten Sinne. Der Partei das Recht zur Zwangsvollstreckung in Fällen zuzusprechen, wo eine solche nach dem Urteilsinhalt überall nicht in Frage kommt, wäre offenbar widersinnig [2]).

Welche Stellung nimmt nun in den beiden ebenbesprochenen Beziehungen das den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtende Urteil (§ 779 C.P.O.) ein?

Die oben citierte R.G.E. vom 28. Juni 1886 verlangt und gestattet, daß ein Schiedsspruch des bezeichneten Inhalts, um der Wirkung der Rechtskraft teilhaftig zu werden, durch ein Vollstreckungsurteil bestätigt werde, indem davon ausgegangen wird, daß die Frage, ob der Schiedsspruch zu Vollstreckungshandlungen Anlaß biete, für die Erlassung eines Vollstreckungsurteils unerheblich sei. Dieser Begründung ist, wie gezeigt, nicht beizutreten, es ist vielmehr als Regel aufzustellen, daß Voll-

1) Das Urteil, welches als vorläufig vollstreckbares gegen den Rechtsnachfolger exequiert werden kann, darf von diesem als Nebenintervenienten mit Rechtsmitteln angefochten werden (§ 236 Abs. 2, § 63 Abs. 2, § 64).

2) Wie sollte man sich z. B. die vorläufige Vollstreckbarkeit eines, über die Kosten nicht entscheidenden, klagabweisenden Teilurteils vorstellen? Vgl. Auerbach, a. a. O. S. 627. — Hieraus ergiebt sich, daß die mangelnde Vollstreckungsfähigkeit keineswegs nur ein thatsächliches, sondern vielmehr ein rechtliches Hindernis der Vollstreckung bildet. A. A. Gaupp, Bem. I 3 zu § 644.

streckbarkeit der vorangegangenen Entscheidung (im Sinne der Vollstreckungsfähigkeit) Voraussetzung der in den §§ 660, 868 genannten Urteile bildet. Eine Entscheidung im Sinne des § 779 kann aber, da eine Zwangsvollstreckung aus ihr nach positivem Recht nicht stattfindet, nicht als vollstreckbar bezeichnet werden. Man wird daher eine andere Begründung des an sich wohl richtigen Resultats jener Entscheidung des R.G. suchen müssen[1]).

1) Es wird sich etwa folgendes geltend machen lassen:

Die in § 779 bezeichnete Fiktionswirkung kommt nur dem inländischen Urteil zu. Denn die rechtliche Wirkung des ausländischen Urteils bestimmt sich nach dem ausländischen Gesetz und für Schiedssprüche gilt § 779 schon seinem Wortlaut nach nicht. Die Versagung des Vollstreckungsurteils nun wäre gegenüber einem den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtenden Urteil eines ausländischen Gerichts, dessen Recht aus einer derartigen Entscheidung direkten Zwang (nicht die Fiktionswirkung) eintreten ließe, Versagung des Rechtsschutzes überhaupt. Denn einerseits würde, da die Rechtswirkung jener Entscheidung nach dem maßgebenden ausländischen Recht zu beurteilen wäre, die Fiktion des § 779 nicht eintreten, andrerseits wäre, da die Abgabe der Willenserklärung nach unserem Recht nicht erzwungen werden darf, ein Vollstreckungsurteil zum Zwecke thatsächlicher Zwangsanwendung nach § 661 Nr. 1 ausgeschlossen (Wilmowski-Levy Anm. 4 a. E. zu § 661). Ganz analog läge die Sache beim Schiedsspruch: einerseits träte auf Grund desselben die Fiktion des § 779 nicht ein, andrerseits wäre direkter Zwang — auch wenn man solchen für zulässig halten wollte (§ 867 Nr. 2 steht nicht entgegen), — nur auf Grund des Vollstreckungsurteils möglich. Also auch hier bei Renitenz des Schuldners ohne Vollstreckungsurteil Rechtlosigkeit des Klägers! Solche Konsequenzen können nicht im Sinn des vernünftig auszulegenden Gesetzes liegen, und man muß daher berechtigt sein, dem Gläubiger zur Erreichung des gemäß § 779 an die Stelle direkter Zwangsvollstreckung tretenden Surrogats, nämlich der Fiktionswirkung, das Vollstreckungsurteil zu gewähren. Allein es ist wohl zu beachten, daß hier ein ganz singulärer Fall vorliegt und es ist bedenklich, daraus die Bejahung der an die Spitze jener Entscheidung des VI. Senats gestellten, allgemein gefaßten Frage herzuleiten. — Es ist hier noch (gegen R.G. am angeführten Ort) zu bemerken, daß, wie im Fall des § 779 Abs. 1 Satz 1 der Gläubiger in die Lage kommen kann, den Eintritt der Fiktionswirkung durch ein Zeugnis der Rechtskraft nachzuweisen, so auch die in Satz 2 eod. erwähnte „vollstreckbare Ausfertigung" nichts anderes bedeutet, als ein unter Beobachtung der in den §§ 663—666 enthaltenen Vorschriften zu erteilendes Zeugnis der Rechtskraft. Die Formel des § 663 paßt für diesen

Was dann die vorläufige Vollstreckbarkeit eines nach § 779 C.P.O. ergangenen Urteils betrifft, so ist anerkannt, daß aus einem solchen Urteil Zwangsmaßregeln gegen den Schuldner in den regelmäßigen Fällen überhaupt nicht, also auch nicht auf Grund vorläufiger Vollstreckbarkeit stattfinden können [1]). Damit entfällt die Möglichkeit, eine Entscheidung des erwähnten Inhalts für vorläufig vollstreckbar zu erklären [2]). Nur wenn die abzugebende Willenserklärung eine solche ist, welche die unmittelbare Grundlage eines Eintrags in die öffentlichen Bücher bilden soll, ist die vorläufige Vollstreckbarkeit zur Erreichung des in § 658 C.P.O. bezeichneten Zweckes zulässig [3]). Denn der Vollzug einer Eintragung, welche durch das Urteil selbst angeordnet ist, wird wohl als ein Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens anzusehen sein [4]).

B) Die Kostenentscheidung und ihr Verhältnis zur Entscheidung in der Hauptsache.

Es ist zweifellos, daß die Kostenentscheidung als richterlicher Dispositionsakt über die der einen Partei der andern gegenüber obliegende Verpflichtung zur Kostenerstattung [5]) einen

---

Fall streng genommen nicht. Unter keinen Umständen können aus dieser exzeptionellen Bestimmung weitere Schlüsse für die Bedeutung des Worts „vollstreckbar" entnommen werden.

1) Gaupp (2. Aufl.) Bem. I. 3 und Wilmowski-Levy Anm. 2, je zu § 779.

2) A. A. auch hier E. d. R.G. Bd. 16 S. 421; Bd. 25 S. 379. — S. auch unten S. 242 Ziff. 1.

3) Wilmowski-Levy, Anm. 3, Gaupp, Bem. I. 3, zu § 779. — Vgl. Entw. d. B. G.B. §§ 833, 846 und Motive dazu, Bd. 3 S. 196 ff. 245. — In Wahrheit ist das auf Eintragsbewilligung lautende Urteil nicht auf die Abgabe einer Willenserklärung, sondern auf den, nur formell von der Bewilligung abhängig gemachten, Eintrag gerichtet. Weismann a. a. O. S. 138. S. auch Seuffert's Arch. Bd. 28 Nr. 200.

4) E. d. R.G. Bd. 25 S. 403.

5) Das Urteil entscheidet an sich über die Kostenlast nur zwischen den Parteien (Motive S. 111, Hahn, S. 196; E. d. R.G. Bd. 6 S. 399; Zeitschr. f. d. C.P., Bd. 7 S. 282). Für die Pflichten der Staatskasse gegenüber sind die Bestimmungen des G.K.G. maßgebend. Nach §§ 86,

der Vollstreckung fähigen (§ 98) Inhalt hat, also für sich allein betrachtet, zur Kategorie der Leistungsurteile gehört, wobei es sich nach dem, was oben S. 231, 232 ausgeführt wurde, unerheblich ist, daß sich zwischen die Urteil und die Vollstreckung eine weitere richterliche Thätigkeit einschiebt, wodurch die bis dahin fehlende Bestimmtheit des frühern Richterspruchs hinsichtlich der Höhe des zu erstattenden Betrags ergänzt wird [1]).

I. Da Vollstreckbarkeit in erster Linie ein Attribut der Rechtskraft ist, so kann die Kostenentscheidung des rechtskräftigen Urteils ohne Rücksicht auf den sonstigen Urteilsinhalt, vollstreckt werden. Demgemäß kann auch für die Kostenentscheidung des ausländischen Klagabweisungs- oder Feststellungsurteils, falls die Voraussetzungen des § 661 gegeben sind, das Vollstreckungsurteil begehrt werden [2]), und dasselbe gilt für die Kostenentscheidung des ordnungsmäßig ergangenen Schiedsspruchs [3]).

Urteile, die lediglich den Kostenpunkt betreffen, sind bekanntlich — ausgenommen jedoch der Fall des Versäumnis-

93 das. können die Kosten von der zur Kostentragung verurteilten Partei ohne Rücksicht auf Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit des Urteils eingezogen werden.

1) Urteil und Kostenfestsetzungsbeschluß sind insofern als rechtliche Einheit zu denken, als der zu vollstreckende Inhalt aus der Verbindung beider hervorgeht (vergl. Zeitschrift für d. C.P. Bd. 16 S. 542, 543; B. 17 S. 113; Seuffert's Archiv, Bd. 47 Nr. 247). Die Zwangsvollstreckung bezüglich der Kosten kann daher erst nach Zustellung des Urteils und des Beschlusses beginnen. Ist die Vollstreckung des Urteils von einer Bedingung abhängig, so erscheint es als zweckmäßig, nicht als notwendig, die Bedingung auch mit dem Beschluß aufzunehmen, vergl. Jahrb. f. d. Württ. Rechtspflege Bd. 4 S. 222 ff. (der das. S. 224 abgedruckte Beschluß des R.G. auch in Seuffert's Archiv Bd. 47 Nr. 157). Die Kostenfestsetzung selbst ist nicht Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens (Willenbücher, das Kostenfestsetzungsverfahren S. 3 und 4), kann daher ohne Nachweis der geschehenen Urteilszustellung oder der im Urteil angeordneten Sicherheitsleistung (Seuffert's Arch. Bd. 40 Nr. 245) erfolgen.

2) E. d. R.G. Bd. 9 S. 374.

3) Struckmann-Koch, Anm. 1 zu § 868.

urteils[1]) — gemäß § 94 C.P.O. sofort mit der Verkündung rechtskräftig und daher nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären[2]).

II. Was dann die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung betrifft, so hat die C.P.O. — und zwar, wie aus der Entstehungsgeschichte erhellt, absichtlich[3]) — eine Bestimmung des Inhalts, daß bezüglich der Prozeßkosten die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht angeordnet werden dürfe, nicht aufgenommen.

Um aber festzustellen, in welchen Fällen der Kostenentscheidung die vorläufige Vollstreckbarkeit zukomme, ist es notwendig, das innere Korrelatverhältnis, in welchem die Entscheidung im Kostenpunkt zu derjenigen in der Hauptsache steht, hier zum Gegenstand der Erörterung zu machen.

Dieses Verhältnis ist in der Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1883[4]) dahin gekennzeichnet, daß die Prozeßkosten jeder eigenen Selbständigkeit entbehren, daß der Kostenpunkt der Hauptsache gegenüber unselbständig und innerlich abhängig sei.

Die einzelnen Momente, worin dieses Abhängigkeitsverhältnis sich äußert, sind folgende:

Die Pflicht zur Tragung der Prozeßkosten ist nach C.P.O. eine Folge des Unterliegens im Rechtsstreit[5]); bei Berechnung des Streitwerts kommen die Kosten regelmäßig nicht in Betracht[6]); die Kostenentscheidung ist nicht selbständig mit Rechtsmit-

1) E. d. R.G. Bd. 13 S. 327.

2) Gaupp, Bem. I zu § 648; Struckmann-Koch, Note 8 zu § 648; Wilmowski-Levy Note 2 zu § 648.

3) Den prinzipiellen Ausschluß der Kosten von der vorläufigen Vollstreckbarkeit sanktionierten, nach dem Vorbild des Art. 137 des code de proc. civ., die hannöver'sche Prozeßordnung § 409 Abs. 3, die württembergische § 684 Abs. 4. Die norddeutsche Kommission verwarf den Ausschluß, weil namentlich in Versäumnisfällen zu nutzloser Belästigung der Parteien führend (Nordd. Protokoll S. 2100); s. Seuffert's Kommentar zu § 648 Anm. 3; Gaupp, 2. Aufl. Bd. 2 S. 301 Anm. 4.

4) E. d. R.G. Bd. 10 S. 310. 312. — Ausnahmefall s. unten S. 250 Ziff. 3 b.

5) Motive S. 111 (Hahn, S. 197).

6) § 4 C.P.O.; § 9 G.K.G.

teln anfechtbar (§ 94), dagegen ergreift das in der Hauptsache eingelegte Rechtsmittel auch den Kostenpunkt [1]); über die Kostenerstattungspflicht kann nur in demjenigen Rechtsstreit, in welchem die Kosten entstanden sind, nicht in einem neuen Prozeß entschieden werden [2]); bei einer Berichtigung des Urteils in der Hauptsache (§ 290) kann auch die Kostenentscheidung entsprechend abgeändert werden [3]).

Wenn Seuffert [4]) den Kostenanspruch des obsiegenden Klägers als accessorischen, denjenigen des Beklagten (im Fall der Klagabweisung) als selbständigen Anspruch bezeichnet, so ist dies insofern ganz richtig, als eben letzterem kein prinzipaler Anspruch zur Seite steht und deshalb von einem accessorischen Anspruch im Sinne des Civilrechts nicht die Rede sein kann. Allein das eigentümliche prozessuale Abhängigkeitsverhältnis ist im Fall der Klagabweisung kein anderes, als bei der Verurteilung, die Kostenentscheidung ist in jenem Falle im Verhältnis zur Hauptentscheidung genau ebenso unselbständig, wie in diesem.

Aus dem erwähnten Abhängigkeitsverhältnis ergiebt sich für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung Folgendes:

1) Ist die vorläufige Vollstreckbarkeit durch das Gesetz gewissen Urteilen versagt (§ 644 Abs. 2), so trifft — wie unbestritten ist — das Verbot auch den Kostenpunkt. Hervorzuheben ist aber, daß die Versagung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auch stillschweigend erfolgen kann, nämlich durch die Vorschrift, daß die bestimmungsgemäße Wirkung des Urteils erst mit der Rechtskraft eintreten soll. Denn damit sind von selbst Zwangsmaßregeln zur provisorischen Herstellung des dem anfechtbaren Urteil entsprechenden Zustands ausgeschlossen. Dies trifft namentlich zu für den § 779; die übrigen in der C.P.O. genannten Fälle s. bei Wilmowski-Levy Anm. 5 zu § 644 [5]).

1) E. d. R.G. Bd. 10 S. 310 ff.

2) Ebendas. Bd. 22 S. 421.

3) Seuffert's Archiv, Bd. 45 Nr. 51.

4) Kommentar Anm. 3 a und b zu § 648.

5) Vgl. auch Struckmann-Koch, Anm. 5 zu § 644; E. d. R.G. Bd. 25 S. 426 (die vom Gericht erster Instanz angeordnete vorläufige

2) Liegt in der Hauptsache eine vollstreckbare, d. h. also der Vollstreckung fähige, Entscheidung vor, so nimmt — wie gleichfalls allgemein anerkannt wird — die Verfügung im Kostenpunkt als Nebenbestandteil des Urteils an der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils ipso jure Teil, ohne daß es einer ausdrücklichen Erstreckung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf die Kosten bedürfte [1]).

Es kommt hiebei eine selbständige, d. h. von der Entscheidung in der Hauptsache abweichende, Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nicht in Frage; die letztere kann daher z. B. nicht gemäß § 650 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn die Voraussetzungen dieses Paragraphen bezüglich der Hauptsache nicht gegeben sind [2]); wo der Streitwert der Hauptsache 300 Mk. übersteigt, kann nicht die Kostenentscheidung für sich auf Grund des § 649 Nr. 4 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden; die Verfügung im Kostenpunkt ist in allen Fällen, wo bezüglich der Hauptsache die vorläufige Vollstreckbarkeit angeordnet ist, auch wenn die Kosten 300 Mk. übersteigen, vorläufig vollstreckbar.

3) Aus dem erwähnten Abhängigkeitsverhältnis ergiebt sich aber auch mit unabweislicher Konsequenz die Folge, daß eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Kosten da nicht stattfindet, wo in der Hauptsache eine solche nicht vorliegt. Sobald man nämlich die Richtigkeit vorstehender Sätze (Ziff. 1 und 2) zugibt, sobald man insbesondere anerkennt, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenanspruchs lediglich die unmittelbare Rechtsfolge der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Hauptentscheidung ist, so läßt sich die dieser Positive entsprechende Negative nicht zurückweisen. Daher zieht z. B. die Anwendung des § 651 in der Hauptsache auch die Nichtvollstreckbarkeit der Kosten nach sich. Ebenso ist aber die vorläufige

Vollstreckbarkeit wurde vom Berufungsgericht aufgehoben, weil die Versicherungssumme, zu deren Leistung die Gesellschaft verurteilt wurde, nach den Statuten erst einen Monat nach eingetretener Rechtskraft auszuzahlen war, und die Revision gegen diese Entscheidung zurückgewiesen.

1) Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 648.

2) Das Entsprechende gilt für § 651.

Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung ausgeschlossen, wenn in der Hauptsache wegen mangelnder Vollstreckungsfähigkeit des Urteils die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgeschlossen ist[1]); mit andern Worten: die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kosten findet nur dann statt, wenn in der Hauptsache ein Leistungsurteil vorliegt.

Wollte man aber ein so weit gehendes Abhängigkeitsverhältnis der Kostenentscheidung verneinen und etwa mit Seuffert den Kostenanspruch des obsiegenden Beklagten als selbständigen Anspruch gelten lassen, so müßte man, um die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenpunkts in klagabweisenden Urteilen zu retten, eine Bestimmung der C.P.O. anzuführen in der Lage sein, welche es ermöglichen würde, die Kostenentscheidung für sich, d. h. als selbständigen Bestandteil des Urteils, für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Eine solche Bestimmung ist aber in der C.P.O. nicht enthalten. Denn die Nr. 4 des § 649, welche allein in Betracht kommen könnte, bezieht sich, obwohl der Kostenanspruch als „vermögensrechtlicher Anspruch“ sich darstellt[2]), auf denselben zweifellos nicht[3]); wäre letzteres der Fall, so hätte man eine vorläufige Vollstreckbarkeit der klagabweisenden Urteile im Kostenpunkt überall, wo die Höhe der Kosten 300 Mk. nicht überstiege, wobei sich in zahlreichen Prozessen eine, vom Gesetze nicht gewollte, Verhandlung über die Höhe der Kosten nicht vermeiden ließe[4]).

Wenn Struckmann-Koch, Anm. 4 zu § 649, annehmen, es könne „der Prozeßkosten halber auch ein in der Hauptsache der Zwangsvollstreckung nicht unterliegendes Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden,“ so ist eine solche Ausdehnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf die nichtvollstreckungsfähige Hauptsache jedenfalls formell inkorrekt,

1) Vgl. oben S. 237 f. Ziff. 2.

2) Hallbauer a. a. O. S. 15.

3) Just a. a. O. S. 133—134; derselbe weist zutreffend auf die Gleichstellung der „andern vermögensrechtlichen Ansprüche“ mit den in den Nr. 1 bis 3 des § 649 genannten Streitigkeiten, sowie die in Nr. 4 cit. enthaltene Bezugnahme auf § 4 C.P.O. hin.

4) Hallbauer, S. 27—30.

da zweifellos[1]) — trotz des Wortlauts des Gesetzes, welches das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären vorschreibt — nur bezüglich derjenigen Teile der Entscheidung, für welche die gesetzlichen Voraussetzungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit zutreffen, die letztere anzuordnen ist. Ueberdies stellt jene Konstruktion das Verhältnis von Kostenentscheidung und Entscheidung in der Hauptsache auf den Kopf, indem sie die rechtliche Qualifikation der ersteren für die letztere maßgebend sein läßt.

III. Daß nun die C.P.O. für die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit Vollstreckungsfähigkeit des Urteils in der Hauptsache stillschweigend voraussetzt, wird durch folgende Momente bestätigt:

a) Die Vorschriften des § 648 Nr. 1 und 6 ließen sich ohne diese Annahme nur mit einer unbegreiflichen Nachlässigkeit des Gesetzgebers erklären[2]), der es versäumt hätte, die auf Verzicht ergehenden (§ 297) und die eine Alimentenklage abweisenden Urteile hier zu erwähnen[3]);

b) Dasselbe träfe zu für § 649 Nr. 4; denn daß sich diese Fälle nur auf — in der Hauptsache kondemnatorische Erkenntnisse bezieht, kann, wenn man zugibt, daß der Kostenerstattungsanspruch zu den daselbst erwähnten „andere vermögensrechtlichen Ansprüchen" nicht gehört (oben S. 244 zu Note 3), dem klaren Wortlaut nach nicht bestritten werden[4]). (Gemeint sind auch hier nur Leistungsurteile).

1) Wilmowsky-Levy. Anm. 2 zu § 648; Struckmann-Koch, 4. Aufl., Note 4 zu § 649 a. E. — Es ist z. B. bei teilweisem Anerkenntnis das Urteil nur insoweit, als das Anerkenntnis geht, von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären. — S. auch Auerbach, S. 628. Unrichtig Gaupp (2. Aufl.), Bem. I. 3 zu § 648.

2) So in der That: Planck, Lehrbuch, Bd. 1 S. 303, Anm. 12.

3) Bezüglich des § 648 Nr. 1 heben Struckmann-Koch (Anm. 10 zu § 231, Anm. 2 zu § 648) mit Recht hervor, daß die Vorschrift da nicht Anwendung findet, wo die Anerkennung auf erhobene Feststellungsklage erfolgt.

4) Ueber die Anerkennung dieser Ansicht in Theorie und Praxis s. oben S. 228, Anm. 1; Hellmann, Lehrbuch S. 808.

c) Da vorauszusetzen ist, daß das Gesetz für alle Fälle der §§ 648 und 649 von denselben Grundgedanken ausgeht, so muß eine mit den unzweifelhaften Bestimmungen der eben (unter a und b) erwähnten Stellen übereinstimmende beschränkende Interpretation der ihrem Wortlaut nach weniger präzisen übrigen Vorschriften umsomehr gestattet sein, als für eine derjenigen Bestimmungen, welche die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht auf verurteilende Sentenzen einzuschränken scheint, aus der ratio legis und den Motiven die Notwendigkeit einer solchen Auslegung sich mit Sicherheit erweisen läßt, nämlich für die in § 648 Nr. 4 genannten Urteile im Urkunden- und Wechselprozeß.

Die hier erwähnte Prozeßart ist im Interesse des Klägers eingeführt. Ihm soll, wenn er im Besitz eines durch Urkunden liquid gestellten Anspruchs ist, schleunige Rechtshilfe und „Schutz gegen die Gefahr unzuträglich verzögerter Realisierung in Folge des Gebrauchs langwieriger Verteidigungsmittel des Beklagten gewährt" werden. Zur Erreichung dieses legislativen Zwecks ist eine materiell verkürzte Defension des Beklagten eingeführt[1]), und die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wird von den Motiven[2]) als durch den Zweck des Verfahrens bedingt bezeichnet. Daß dies nur für die Verurteilung[3]) paßt, ist klar; irgend ein gesetzgeberischer Grund, den den Urkundenprozeß wählenden Kläger für den Fall der Abweisung durch die von Amtswegen anzuordnende vorläufige Vollstreckbarkeit ungünstiger zu stellen, als beim Unterliegen im ordentlichen Verfahren, läßt sich nicht denken. — Hieraus erhellt,

d) daß der Wortlaut die Gesetzes für die Interpretation

1) Motive S. 344 (Hahn, S. 387).

2) Die Verurteilung ist hier stets (§ 555) Verurteilung zur Leistung.

3) Motive: S. 396/397 (Hahn S. 428). — Vgl. Motive S. 353: das verurteilende Erkenntnis habe, weil es im Urkundenprozeß ergangen sei, in der vorläufigen Vollstreckbarkeit eine besondere materielle Wirkung; S. 354: das unter Vorbehalt der Rechte ergangene Urteil sei insofern Endurteil, als es kraft des Gesetzes für vorläufig vollstreckbar zu erklären sei.

der §§ 648, 649 nicht maßgebend sein kann, und was die Nrn. 1—3 des § 649 betrifft, so ist die hier vertretene Interpretation umsomehr geboten, als nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber für einen Teil der in § 649 erwähnten, auch im § 23 G.V.G. übereinstimmend behandelten Fälle eine verschiedene Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit habe anordnen wollen [1]).

e) Daß die in § 648 Nr. 5 erwähnten Urteile in der Hauptsache vollstreckungsfähig sind, ist oben S. 232 ausgeführt worden.

f) Hinsichtlich der noch übrig bleibenden Nrn. 2 und 3 des § 648 mag zugegeben werden, daß hier manches für die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenanspruchs des Beklagten sprechen würde — ebenso wie bei dem in Nr. 1 eod. nicht erwähnten Falle des Verzichts —; allein das Bedürfnis einer einheitlichen Auslegung des Gesetzes läßt eine Abweichung von derselben ohne besondere Gründe nicht als gerechtfertigt erscheinen.

g) Von erheblichem Gewicht ist ferner der Umstand, daß in § 655 Abs. 2, wo die Folgen der Aufhebung oder Abänderung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils geregelt sind, bloß von der Pflicht des **Klägers** zur Zurückgabe des auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils Geleisteten die Rede ist.

Was schließlich die von **Hallbauer** und **Auerbach** ausführlich gewürdigte Entstehungsgeschichte des Gesetzes betrifft, so ist hier nur so viel hervorzuheben, daß sie nicht den geringsten Anhaltspunkt zu der Annahme bietet, das Gesetz habe da, wo es die vorläufige Vollstreckbarkeit nur den verurteilenden Erkenntnissen beilegt (§§ 648 N. 1 u. 6, 649 N. 4), etwas von den übrigen Bestimmungen Abweichendes festsetzen wollen.

Der Einwurf, daß mit der hier vertretenen Auslegung

1) Beachtenswert ist hierbei, daß Feststellungsklagen bezüglich der in § 23 Ziff. 2 Abs. 2 und § 649 Nr. 1 genannten Streitigkeiten, falls der Streitwert 300 Mk. übersteigt, nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, woraus bei der Kongruenz beider Gesetzesbestimmungen zu entnehmen ist, daß auch in § 649 Nr. 1 nur an eine Verurteilung zur **Leistung** gedacht ist.

die zulässigen Grenzen der Interpretation überschritten werden, dürfte wohl nicht zu befürchten sein, da ja nur der dem Gesetze immanente Grundgedanke dem Buchstaben desselben gegenüber zur Geltung gebracht wird [1]).

C) Konsequenzen.

Ist es richtig, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nur auf diejenige der Hauptentscheidung sich stützen, daß dagegen eine nicht-vorläufig-vollstreckbare Hauptentscheidung die Grundlage zu jener nicht abgeben kann, so mangelt es für jene an den nötigen Voraussetzungen, wenn die Entscheidung in der Hauptsache nur teilweise vorläufig vollstreckbar ist. Würde im letzteren Fall an sich ebensoviel für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung sprechen, so muß doch der allgemeine Grundsatz, daß im Zweifel die den Schuldner weniger beschwerende Anwendung des Gesetzes geboten ist, auch hier den Ausschlag geben [2]).

Hieraus folgt:

1) Ist beim völligen, die Anwendung des § 87 rechtfertigenden Obsieg des Klägers die Entscheidung in der Hauptsache zum einen Teil vorläufig vollstreckbares Leistungsurteil, zum andern Teil nicht-vorläufig-vollstreckbares Leistungsurteil oder Feststellungsurteil oder Abweisung der erhobenen Widerklage, so tritt eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nicht ein [3]). Dies trifft auch da zu, wo der eine Teil der Hauptentscheidung von Amtswegen für vorläufig voll-

1) Wach, Handbuch §§ 21 und 22, bes. S. 257 f. (Ziff. II), S. 273 ff.

2) Die Anwendung dieses Satzes, dessen Geltung für den Civilprozeß Wach a. a. O. S. 277 leugnet, rechtfertigt sich für diesen speziellen Fall daraus, daß es sich hier um den Zeitpunkt der dem Schuldner obliegenden Erfüllung (nämlich darum, ob diese sofort oder erst nach Eintritt der Rechtskraft zu leisten ist), also um eine dem Civilrecht verwandte Frage handelt.

3) A. A. Gaupp, 2. Aufl., Bem. I, 3 zu § 648. Allein er begründet diese Meinung lediglich mit der bereits oben (S. 245 N. 1) zurückgewiesenen Auffassung, daß die angeordnete vorläufige Vollstreckbarkeit sich auf das Urteil als solches beziehe. (Richtiger. 1. Aufl. Bd. 3 S. 140).

streckbar erklärt wurde, bezüglich des andern Teils der erforderliche diesbezügliche Antrag nicht vorliegt[1]).

Es wird sich jedoch in Anknüpfung an § 88 Abs. 2 die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung dann rechtfertigen lassen, wenn der nicht-vorläufig-vollstreckbare Teil der Entscheidung in der Hauptsache ein verhältnismäßig so geringfügiger ist, daß das Unterliegen im Kostenpunkt doch im wesentlichen als Folge des Unterliegens hinsichtlich des vollstreckbaren Teils der Haupteutscheidung angesehen werden kann.

2) Ist der Beklagte teilweise in vorläufig vollstreckbarer Weise verurteilt, teilweise dagegen die Klage abgewiesen und quotenweise Kostenverteilung gemäß § 88 Abs. 1 verfügt[2]), so ist die Kostenentscheidung nicht vorläufig vollstreckbar. Dies muß umsomehr angenommen werden, als bei dieser Art der Kostenverteilung sich gar nicht zum Voraus mit Sicherheit übersehen läßt, welche Partei der andern etwas zu ersetzen haben wird[3]), und nach der hier vertretenen Ansicht die vorläufige Vollstreckbarkeit doch nur zu Gunsten des Klägers verfügt werden könnte. Der einzige Fall, in welchem bei quotenweiser Kostenverteilung die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentschei-

1) Es ist nicht einzusehen, warum, falls der Beklagte den Betrag von 1 Mk. anerkennt, bezüglich der übrigen 299 Mk. aber der Kläger keinen Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit gestellt hat, die Kostenentscheidung (oder vollends der Rest der Hauptsache mitsamt den Kosten) von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären sein sollte.

2) Wenn die Kosten „gegen einander aufgehoben" sind (§ 88 Abs. 1), kommt eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung überhaupt nicht in Frage. — Findet bei teilweiser Klagabweisung § 88 Abs. 2 zu Gunsten des Klägers Anwendung, so unterliegt, falls daneben eine vorläufig vollstreckbare Verurteilung des Beklagten erging, die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung keinem Bedenken. Denn da das teilweise Unterliegen des Klägers in diesem Fall auf die Kosten ohne Einfluß ist, so erscheint allein die Verurteilung für die Kostenfrage, also auch für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kosten, als maßgebend.

3) Z. B.: Kläger trägt ein Viertel, Beklagter drei Viertel der Kosten. Kläger liquidiert an Auslagen 4 Mk., Beklagter, der seine Zeitversäumnis für mehrere Termine in Anrechnung bringt, 20 Mk. Hier muß Kläger dem Beklagten 2 Mk. herausbezahlen.

dung angeordnet werden kann, ist, wenn Beklagter auf die Vor-, Kläger auf die Widerklage je in vorläufig vollstreckbarer Weise verurteilt wird.

3) Die C.P.O. betrachtet es als Regelfall, daß über die Kosten zugleich mit der Hauptsache entschieden wird [1]), und diesen Fall haben wir den obigen Betrachtungen (S. 241 ff.) zu Grunde gelegt. Diejenigen Urteile, welche die Kosten allein betreffen, interessieren uns hier nur, soweit sie Versäumnisurteile sind [2]).

a) Ist bezüglich der Hauptsache ein Teilurteil vorangegangen, so richtet sich die vorläufige Vollstreckbarkeit des Versäumnisurteils im Kostenpunkt nach derjenigen des vorangegangenen Teilurteils, denn das Auseinanderfallen dieser beiden zusammengehörigen Entscheidungen erscheint als etwas rein Zufälliges.

b) Ist dagegen der Prinzipalanspruch ohne Urteil — durch Erfüllung, Anerkenntnis, Verzicht, Klagzurücknahme — erledigt, und nur noch über die Kosten Streit, so erscheint hier ausnahmsweise der Kostenanspruch als ein selbständiger Anspruch, der in prozessualer wie rechnerischer Beziehung [3]) die allein noch entscheidungsbedürftige Hauptsache darstellt. Die Kosten erscheinen alsdann nicht als Nebenforderung im Sinne des § 4 C.P.O., auf welchen § 649 Nr. 4 Bezug nimmt; es besteht daher für diesen Ausnahmefall ein Hindernis für die Anwendung des § 649 Nr. 4 auf die Kostenentscheidung nicht. Demgemäß kann hier das über die Kosten ergehende Versäumnisurteil sowohl gegen den Kläger als gegen den Beklagten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn der Kostenanspruch 300 Mk. nicht übersteigt und der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit dem Gegner ordnungsmäßig mitgeteilt [4]) war.

1) Vgl. §§ 279 Abs. 2, 292. — Sarwey, Kommentar, Anm. 5 in. zu § 87.

2) S. oben S. 241 zu Note 1.

3) 13 G.K.G.

4) Gaupp, Bem. II (in und zu Note 11) zu § 653.

D. Schlußbetrachtung.

Im Hinblick auf die erheblichen Schwierigkeiten und Zweifel, welche nach dem gegenwärtigen Inhalt des Gesetzes bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung bestehen, wird wohl die Frage aufgeworfen werden dürfen, ob nicht eine gesetzliche Regelung dieses Punktes sich empfehlen würde. Hiebei könnte es, mit Rücksicht auf die unselbständige Natur der Kostenentscheidung, im allgemeinen dabei belassen werden, daß ihre vorläufige Vollstreckbarkeit nach derjenigen der Hauptentscheidung sich zu richten hat. Dagegen könnte für die in § 648 Nr. 1—3 genannten Fälle, denen noch § 277 beizufügen wäre, sowie für die zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten jener Grundsatz verlassen und die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung ohne Rücksicht auf den Inhalt der Hauptentscheidung zugelassen werden. Bezüglich der lediglich den Kostenpunkt betreffenden Versäumnisurteile[1]) wäre nach Analogie des § 94 die von Amtswegen zu verfügende vorläufige Vollstreckbarkeit ganz angemessen.

Hienach würden sich etwa folgende Bestimmungen ergeben, deren Stellung im Gesetz hinter § 650 zu denken wäre:

§ 650a. Der Kostenentscheidung kommt die vorläufige Vollstreckbarkeit von selbst zu, wenn letztere in der Hauptsache verfügt worden ist. Ist die Entscheidung in der Hauptsache nur teilweise für vorläufig vollstreckbar erklärt, so ist die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nur anzuordnen, wenn der nicht-vorläufig-vollstreckbare Teil der Hauptentscheidung ein verhältnismäßig geringfügiger ist[2]).

Bei verhältnismäßiger Teilung der Kosten (§ 88 Abs. 1) findet die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nur statt, wenn einer der im Absatz 1 des folgenden Paragraphen bezeichneten Fälle vorliegt oder wenn auf erhobene Widerklage beide Parteien in vorläufig vollstreckbarer Weise verurteilt werden[3]).

1) oben S. 241 Note 1 und S. 250 Note 2.
2) Vgl. oben S. 249 unter Ziff. 1 a. E.
3) oben S. 249 Ziff. 2.

§ 650b. Ohne Rücksicht auf die Vollstreckbarkeit der Hauptentscheidung ist die im Kostenpunkt getroffene Verfügung in den in § 648 Nr. 2—3 und § 277 bezeichneten Fällen von Amtswegen, bei den zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Streitigkeiten (§ 23 G.V.G.) auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Die lediglich den Kostenpunkt betreffenden Versäumnisurteile sind von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

46.

Unterpfandsrecht an beweglichen Zubehörden einer Liegenschaft. —

Kann ein Zubehörverhältnis entstehen oder fortdauern, auch wenn Hauptsache und Hilfssache nicht denselben Eigentümer haben?

Wird das Zubehörverhältnis beendigt durch thatsächliche Trennung oder durch Wegveräußerung der Zubehörde von der Hauptsache oder dieser von jener?

Die offene Handelsgesellschaft J. G. u. Co. hatte der Klägerin für einen laufenden Kredit ein Unterpfandsrecht auf ihrem Fabrikanwesen nebst Zubehörden, worunter auch ihr Warenlager, bestellt; nach dem Eintrag im Pfandbuch sollten „die jeweils vorhandenen Vorräte an Rohmaterialien, fertigen und halbfertigen Waren, welche hiemit als Zubehörden erklärt werden, als Sachgesamtheit im Sinne des Art. 51 des württemb. Pfandgesetzes mitverpfändet" sein.

Später wurde von den Teilhabern der Gesellschaft in Verbindung mit einer weiteren Person eine Aktiengesellschaft gegründet, in welche die ersteren ihr gesamtes Fabrikanwesen, mit Ausnahme des Warenlagers, in bestimmtem Wertsanschlag als Einlage einbrachten. Im Gründungsvertrag war

vorgesehen, daß „die neue Aktiengesellschaft unter Umständen auch das Warenlager der offenen Handelsgesellschaft zu einem billig zu vereinbarenden Preise übernehmen könne."

Diese Uebernahme hat dann später wirklich stattgefunden. Nachdem bald darauf die offene Handelsgesellschaft und deren Teilhaber in Konkurs geraten waren, hat die Klägerin ihr Unterpfandsrecht gegen die Aktiengesellschaft, als Besitzerin des verpfändeten Fabrikanwesens, klagend verfolgt und als auch diese demnächst in Konkurs geriet, ihre Pfandklage gegen den Konkursverwalter aufgenommen und nachdem der letztere das Pfandrecht der Klägerin an der gesamten Liegenschaft und deren Zubehörden, mit alleiniger Ausnahme des Warenlagers, anerkannt hatte, ihren Antrag beschränkt auf Herausgabe des Warenlagers zur Zwangsversteigerung behufs Befriedigung ihrer Pfandforderung, sowie auf Ausfolge des Erlöses aus den von der Aktiengesellschaft seit Erhebung der Pfandklage bis zur Konkurseröffnung aus dem verpfändeten Warenlager herausverkauften Waren. Das Landgericht hat die beklagte Konkursmasse diesem Antrag entsprechend verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage auf Herausgabe des Erlöses aus den wegverkauften Waren abgewiesen, im übrigen das Urteil des Landgerichts bestätigt.

Daß durch die erwähnte Pfandbestellung an dem fraglichen Warenlager ein Unterpfandsrecht gültig begründet worden sei, hat die Beklagte nicht in Abrede gezogen, dagegen hat sie die von der Klägerin behauptete Ausdehnung desselben, sowie dessen fortdauernde Wirksamkeit unter Anderem aus dem Grund bestritten, weil dadurch, daß die verpfändete Liegenschaft zuerst allein an die Aktiengesellschaft veräußert und übergeben worden, während das Warenlager im Besitz der offenen Handelsgesellschaft zurückgeblieben sei, Hauptsache und Zubehörde verschiedene Eigentümer erhalten und durch diese Trennung des Eigentumsrechts das Zubehörverhältnis des Warenlagers zur Liegenschaft aufgehört habe, damit aber auch das Pfandrecht am Warenlager erloschen sei.

Einen Teil des von ihr übernommenen Warenlagers hatte

die Aktiengesellschaft in einem hiezu von ihr gemieteten 5—7 Minuten von ihrem Fabrikanwesen entfernten Schuppen („im oberen Hammer") untergebracht, von welchem aus die Waren an deren Käufer versendet wurden. Die Beklagte machte geltend, daß jedenfalls an diesem Teil des Warenlagers das Zubehörverhältnis zu dem verpfändeten Fabrikanwesen, und damit das Pfandrecht, infolge der räumlichen Trennung desselben vom verpfändeten Grundstück erloschen sei.

Diese beiden Einreden hat das Oberlandesgericht verworfen. Aus den Gründen:

Im Sinne des württemb. Pfandgesetzes (Art. 3 u. 51) wird das Zubehörverhältnis einer mit einem Grundstück als dessen Zubehörde verpfändeten Sachgesamtheit, im Fall der Wegveräußerung dieser Sachgesamtheit vom Grundstück oder der Wegveräußerung dieses letzteren von der ersteren, nicht schon mit der rechtlichen Trennung, also mit dem Uebergang des Eigentums an der wegveräußerten Haupt- oder Hilfs-Sache auf deren Erwerber aufgehoben, sondern erst mit der thatsächlichen Entfernung der Zubehörsachen von dem verpfändeten Grundstück; eine solche hat aber hier, wie (abgesehen von den nach dem „oberen Hammer" verbrachten Sachen) außer Streit ist, nicht stattgefunden.

Auch diejenigen neueren Pfandgesetzgebungen, welche grundsätzlich die Hypothek nur an Grundstücken, an beweglichen Sachen dagegen nur das Faustpfand zulassen, haben eine Ausnahme anerkannt für solche bewegliche Sachen, welche als Zubehörden eines Grundstücks erscheinen. Angesichts des wirtschaftlichen Bedürfnisses, neben dem Grundstück auch dessen häufig viel wertvollere Ausstattung (Gutsinventar, Gewerbeeinrichtung, Maschinen und dergl.) für den Realkredit nutzbar zu machen, und der Unthunlichkeit, dies in der Form des Faustpfandes — durch Uebertragung des Besitzes der Zubehörden auf den Pfandgläubiger — zu thun, haben diese Gesetzgebungen an den beweglichen Zubehörden eines Grundstückes gegen die Regel ein Hypothekrecht zugelassen, und zwar (vom württemb. Pfandgesetz abgesehen) in der Weise, daß das Pfandrecht am Grund-

stück auch dessen (dem Eigentümer gehörige) bewegliche Zubehörden von Rechtswegen mitumfaßt, und zwar die vor, wie die nach der Verpfändung hinzugekommenen, während das württemb. Pfandgesetz (A. 3. 51. 190) hiezu eine ausdrückliche, ins Unterpfandsbuch eingetragene Verpfändungserklärung fordert. Das einmal erworbene Pfandrecht muß (um der Sicherheit des Rechtsgenusses willen) unabhängig sein von dem späteren Wegfall der Erfordernisse seiner Entstehung; daraus würde sich ergeben, daß das an den Zubehörden einmal erlangte Pfandrecht fortdauere, auch wenn die Zubehörsachen ihrer Zugehörigkeit zum Grundstück später entkleidet worden sind; insbesondere bei Wegveräußerung der Zubehörden vom Grundstück würde, der Regel entsprechend, das Zubehörstück mit seiner Pfandlast behaftet auf den Erwerber übergehen, also der Pfandgläubiger dasselbe, wie jede andere Pfandsache, in die dritte Hand zu verfolgen befugt sein. Dieser Rücksicht auf die Erhaltung des Rechts des Gläubigers steht aber die Rücksicht auf die notwendige Verfügungsfreiheit des Schuldners entgegen.

Bei derartigen Zubehörden macht sich, infolge ihrer Abnützung u. s. w., das Bedürfnis der Veränderung ihrer Verwendung und das Bedürfnis ihres Verkaufs, behufs ihrer Ersetzung durch andere, stärker als bei andern Pfandobjekten geltend; die Möglichkeit ihrer Veräußerung aber wäre thatsächlich so gut wie aufgehoben, wenn der Käufer ihre Abforderung durch einen ihm unbekannt gebliebenen Pfandgläubiger zu befürchten hätte; dem Eigentümer muß also die Möglichkeit ihres pfandfreien Verkaufs, auch ohne die jedesmalige Zustimmung des Pfandgläubigers, gewahrt sein. Im Hinblick hierauf ist die pfandrechtliche Haftung der beweglichen Zugehörungen in den angeführten Gesetzen erheblich eingeschränkt, aber in verschiedenem Umfang. Vielfach ist nur für den Fall der Veräußerung der Zubehörden eine Begrenzung ihrer Haftung ausgesprochen, während andre Gesetze auch das weitere Bedürfnis des Eigentümers berücksichtigen, in der freien Verwendung (oder Andersverwendung) der Zubehörstücke durch das daran entstandene Pfandrecht nicht behindert zu sein, in-

dem sie für den Fall, daß der Eigentümer das Zubehörstück seinem bisherigen Gebrauch für Zwecke des verpfändeten Grundstücks entzieht, um es z. B. für Zwecke eines andern, nicht verpfändeten Guts zu verwenden, das Erlöschen des an demselben entstandenen Pfandrechts verfügen. Wenn sie damit der Auffassung Raum geben, daß das Pfandrecht an beweglichen Zubehörden mit dem Aufhören ihrer Zubehöreigenschaft erlösche, an solchen Zubehörden also ein Unterpfandsrecht nur möglich sei für die Dauer ihres Zubehörverhältnisses, ist dagegen in den ersterwähnten Gesetzen Fortdauer und Endigung des Pfandrechts an der Zubehörde völlig unabhängig von der Fortdauer oder Endigung des Zubehörverhältnisses nach selbständigen, dem Interesse des Pfandgläubigers oder des Pfandschuldners entnommenen Gründen geregelt.

Nach dem preußischen A. L.R. I, 2. § 105—107 wird die Zubehörde dieser ihrer Eigenschaft entkleidet, wenn sie — in nicht bloß vorübergehender Weise — von dem Grundstück fortgeschafft, also thatsächlich von ihrer Hauptsache getrennt wird; aber das an ihr entstandene Pfandrecht dauert trotz dieser Beendigung des Zubehörverhältnisses fort [1]). Aus dem besonderen Erfordernis, welches für die Entstehung des Zubehörverhältnisses das preuß. A. L.R. I, 2 § 60. 108 aufstellt, daß Hauptsache und Hilfssache demselben Eigentümer gehören muß, folgt, daß die Hilfssache ihre Zubehöreigenschaft verliert, sobald sie ins Eigentum eines Andern kommt [2]); gleichwohl wird hiedurch die Fortdauer des Pfandrechts an der Zubehörde nicht berührt, wenn nicht zum Eigentumswechsel der Zubehörde auch deren thatsächliche Wegnahme vom Grundstück hinzutritt [3]).

Desgleichen gibt das bayrische Landesrecht im allgemeinen

1) Plenarbeschluß des Berliner Obertribunals vom 10. Juli 1837, Entscheidungen Band II. S. 383. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht 5. Aufl. Bd. 3. S. 536 n. 29, zu § 199 Ziff. 4.

2) Präjudizien des Berliner Obertribunals, Nr 415.

3) Förster-Eccius, a. O. u. R.G. Bd. 3. S. 309 ff., Bd. 9. S. 305 ff.

der Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze über Zugehörungen Raum, wonach dann, wenn die Hilfssache von der Hauptsache auf Dauer thatsächlich getrennt ist, das Zubehörverhältnis aufhört; gleichwohl läßt § 35 des bayrischen Hypothekengesetzes hiedurch allein die Pfandhaftung der Zubehörde nicht beendigt werden, wenn nicht auch eine Veräußerung der Zubehörde mit ihrer thatsächlichen Trennung verbunden ist[1]).

Dem von diesen beiden Gesetzgebungen gewiesenen Weg ist das württ. Pfandgesetz nicht gefolgt, vielmehr hat es (in Uebereinstimmung mit der dem Code civ. a. 2119. 2133 von der Rechtslehre und Rechtsprechung gegebenen Auslegung) dem Eigentümer die Möglichkeit, über mitverpfändete bewegliche Zubehörden pfandfrei zu verfügen, in viel weiterem Maße eingeräumt, indem es die Dauer der Pfandhaftung dieser letztern von vornherein auf die Dauer ihres Zubehörverhältnisses beschränkt, ein Pfandrecht an denselben nur „insolange als sie diese Eigenschaft haben" zugelassen und damit dem Eigentümer die Aufhebung des Pfandverbands mittels Aufhebung des Zubehörverhältnisses in die Hand gegeben hat. Art. 3 Abs. 2 des Pfandgesetzes könnte zwar, seinem Wortlaut nach: „außerdem können bewegliche Dinge, welche Zugehörungen von Immobilien sind, solange sie diese Eigenschaft haben, verpfändet werden", dahin verstanden werden, daß die Bestellung eines Unterpfandrechts an beweglichen Sachen nur dann möglich sei, wenn diese — zur Zeit der Bestellung — die Eigenschaft von Zubehörden unbeweglicher Sachen haben; daß aber der Sinn dieser Bestimmung vielmehr dahin gehe, daß an beweglichen Sachen, welche als Zugehörungen eines Grundstückes mit diesem verpfändet werden, das Unterpfandsrecht nur so lange fortdaure, als dieselben in dem Zubehörverhältnis verbleiben, hat (gegen Mayer, Komm. z. württ. Pfandgesetz Bd. 1 S. 65) von Wächter (in seinen Erörterungen, Heft 1 S. 47 ff.) nachgewiesen und ist seither niemals bezweifelt worden. Der Fall der Ver-

1) Regelsberger, bayr. Hypothekenrecht § 47 S. 202, § 71 S. 350.

äußerung solcher Zubehörden ist hiebei nicht besonders geregelt, er fällt deshalb unter den angeführten Grundsatz, d. h. die Veräußerung der mitverpfändeten Zubehörden ist für die Frage der Fortdauer oder Beendigung ihrer Pfandhaftung an und für sich ohne Belang, eine Aufhebung ihrer Haftung wird durch ihre Wegveräußerung vom Grundstück nur dann bewirkt, wenn dieselbe ihr Zubehörverhältnis zum verpfändeten Grundstück aufhebt; ob und wann dies der Fall sei, ist, wie erwähnt, im Gesetze nicht bestimmt. Dasselbe gilt auch dann, wenn die mitverpfändeten beweglichen Zubehörden des Grundstücks eine Gesamtheit bilden und als solche mit demselben verpfändet sind (Art. 51). Wird die verpfändete Sachgesamtheit von dem Grundstück (oder dieses von jener) wegveräußert, so hängt auch hier die Frage nach der Beendigung oder Fortdauer des Pfandrechts an der Gesamtheit davon ab, ob diese Wegveräußerung zur Aufhebung des Zubehörverhältnisses der letzteren zur Liegenschaft geführt hat oder nicht. Und diese Frage kann in dem Fall, wo Gegenstand der Wegveräußerung die Sachgesamtheit als Ganzes ist, möglicherweise anders zu beantworten sein, als dann, wenn nur einzelne Stücke aus der verpfändeten Gesamtheit heraus veräußert worden sind.

Denn da die einzelnen Stücke der mitverpfändeten Sachgesamtheit nicht für sich, sondern nur als Teile der Gesamtheit, sonach mittelbar, eine Zubehörde zum Grundstück bilden, so ist ihr Zubehörverhältnis zu diesem, und damit ihre pfandrechtliche Haftung, notwendig schon dann aufgehoben, wenn sie aus der Gesamtheit ausgeschieden sind, wie dies Art. 51 zwar nicht ausdrücklich, aber durch Berufung auf Art. 3 mittelbar ausspricht; nimmt man nun, gemäß l. 30 § 2 Dig. 41, 3 (Dernburg, Pandekten I. § 68 n. 7) an, daß fremde (dem Eigentümer der Sachgesamtheit nicht gehörige) Stücke, auch wenn sie äußerlich als Teile der Sachgesamtheit erscheinen, doch nicht zur Sachgesamtheit gehören, so würde ein einzelnes Stück aus der mitverpfändeten Gesamtheit schon durch den Wechsel seines Eigentümers, im Fall seiner Veräußerung also schon mit dem Uebergang des Eigentums auf den Erwerber,

heraustreten, und schon hiedurch mit der Beziehung zur Gesamtheit auch die Zugehörigkeit zum verpfändeten Grundstück verlieren und mit der Zubehöreigenschaft auch der Pfandhaftung entledigt werden, während im Falle der Veräußerung der verpfändeten Gesamtheit als eines Ganzen erst noch die Frage entstehen muß, ob durch diese Veräußerung das Zubehörverhältnis der veräußerten Gesamtheit zur Liegenschaft wirklich aufgehoben worden sei?

Darüber nun, durch welche Umstände ein bestehendes Zubehörverhältnis aufgehoben werde, enthalten auch die Quellen des gemeinen Rechts (und mit ihnen die Lehrbücher) besondere Bestimmungen nicht, wenn man absieht von dem (ziemlich selbstverständlichen) Satze, daß eine solche Aufhebung nicht eintrete, wenn die Hilfssache von ihrer Hauptsache nur in vorübergehender Weise getrennt wird (z. B. einer Reparatur wegen Ziegel vom Dache, den Winter über Weinbergpfähle aus dem Weinberg genommen werden). Auch die Umkehrung dieses Satzes dahin, daß eine Aufhebung des Zubehörverhältnisses eintrete, wo eine Trennung beider Sachen für immer vorgenommen ist, giebt für den Fall der bloßen Veräußerung der Hilfssache ohne die Hauptsache, oder letzterer ohne die erstere, eine Entscheidung nicht an die Hand. Diese kann deshalb nur aus dem Wesen des Zubehörverhältnisses abgeleitet werden.

Der Rechtsbegriff der Zugehörung ist nicht geschaffen worden um seiner besonderen (hier in Frage stehenden) pfandrechtlichen Wirkung willen (um die bewegliche Ausstattung eines Grundstücks mit diesem dem Unterpfandsrecht unterwerfen zu können), vielmehr auf dem Boden der rechtsgeschäftlichen Verfügungen erwachsen, um deren Tragweite zu bestimmen, nämlich eine Regel zu gewinnen darüber, für welcherlei Nebensachen eine auf die Hauptsache bezügliche Willenserklärung gleichfalls Wirkung habe, falls hierüber eine ausdrückliche Erklärung nicht vorliegt. Im gemeinen Recht, wie nach den neueren Gesetzgebungen, ist, was als „Zugehörung" (Pertinenz) bestimmt wird, eine Nebensache, welche zu ihrer Hauptsache

in der bestimmten, äußerlich erkennbaren Beziehung steht, daß sie den Zwecken der Hauptsache dauernd zu dienen bestimmt und in ein dieser Bestimmung entsprechendes äußeres Verhältnis zu derselben (durch körperliche Verbindung, wechselseitige Anpassung, räumliche Beziehung) gebracht ist; an dieses äußerlich erkennbare Dienstverhältnis ist vom Gesetz die Rechtswirkung geknüpft, daß die rechtliche Verfügung über die Hauptsache im Zweifel auch die Hilfssache mitumfaßt. Das Zubehörverhältnis selbst ist hienach kein Verhältnis subjektiver Berechtigung und Verpflichtung, sondern, ähnlich dem Besitzverhältnis, ein thatsächliches Verhältnis von rechtlichem Belang, und darum gilt für dasselbe der in der Logik begründete Satz, daß es aufhört, wenn eines der Erfordernisse seiner Entstehung hinwegfällt, also von den Thatsachen, deren Zusammentreffen dasselbe begründet, die eine oder andere in Wegfall kommt. Das Zubehörverhältnis endigt sonach, wenn das bezeichnete Gebrauchsverhältnis aufhört, also die Hilfssache (endgiltig) anderen Zwecken als dem Dienst der Hauptsache (oder den Zwecken einer andern als der bisherigen Hauptsache) gewidmet wird. Nimmt man weiter an, daß zu den Erfordernissen eines (rechtlich beachtlichen) Zubehörverhältnisses auch das gehöre, daß Hauptsache und Hilfssache denselben Eigentümer habe, so wird das Zubehörverhältnis auch dann aufgehoben, wenn die eine ohne die andere dieser Sachen ins Eigentum eines Dritten kommt, also bei Wegveräußerung der einen Sache von der andern mit dem Uebergang des Eigentums auf ihren Erwerber, d. h. mit der rechtlichen Trennung beider Sachen auch dann, wenn diese zu einer thatsächlichen Trennung (zu einer Auflösung des Gebrauchsverhältnisses) nicht geführt hat und niemals führen wird. Ist dagegen das Eigentumsverhältnis für die Entstehung eines (rechtlich anerkannten) Zubehörverhältnisses ohne Bedeutung, so ist klar, daß auch eine Änderung in dem Eigentumsverhältnis der beiden verbundenen Sachen auf die Fortdauer des Ersteren ohne Einfluß ist, und die bloße rechtliche Trennung, also die Uebereignung der einen Sache

auf einen Dritten ohne Aenderung ihres Dienstverhältnisses, deren Zubehöreigenschaft nicht berühren kann.

In der That wird von Manchen (z. B. von Roth, bayrisches Civilrecht Bd. II. § 115 zu Note 26, S. 21 d. 1. A.) behauptet, daß „das Zubehörverhältnis nur für Sachen desselben Eigentümers begründet sein könne", aber mit Unrecht.

Das preußische A. L. R. I, 2 § 108 bestimmt allerdings: „Was sonst seiner Natur nach ein Pertinenzstück ist, hat diese Eigenschaft nicht, sobald es einem Andern als dem Eigentümer gehört". Dies erscheint als folgerichtig vom Standpunkt dieses Gesetzes, welches dem Zubehörverhältnis viel weitergehende Wirkungen beilegt, als das gemeine Recht; während letzteres die Bedeutung desselben, wie gezeigt, im wesentlichen auf die einer Auslegungsregel für den Umfang rechtlicher Verfügungen beschränkt, bestimmt das preußische A. L. R. I, 2 § 105 ganz allgemein: „Pertinenzstücke nehmen, so lange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Teil", und § 107: „Mit der Hauptsache gehet das Recht auf die Pertinenzstücke — auf den neuen Besitzer über"; für so weitgehende Rechtswirkungen muß die Voraussetzung, daß der das Zubehörverhältnis Herstellende Eigentümer beider Sachen sei, als natürlich und notwendig erscheinen. Diese Bestimmungen des preußischen Landrechts können aber allgemeine Geltung nicht in Anspruch nehmen, jedenfalls — aus dem ebenerwähnten Grund — nicht für das gemeine Recht, dessen Quellen denn auch von diesem Erfordernis nichts enthalten[1]). Die für das Erfordernis der Einheit des Eigentümers versuchte innere Begründung ist nicht überzeugend. Roth (a. a. Ort) sagt: „Die Pertinenzeigenschaft hört auf, wenn die Zugehörung dauernd von der Hauptsache getrennt wird; sie kann daher nur für Sachen desselben Eigen-

1) Kohler, in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 73 erklärt zwar die angeführte Bestimmung des A. L. R. I, 2 § 108 und § 60 für „prinzipiell richtig", läßt aber für das gemeine Recht auch die „Pertinenzierung" solcher Sachen zu, welche der Eigentümer der Hauptsache nur in seinem Besitz hat (vgl. S. 69 S. 76 Z. 8) sowie „stellvertretende Pertinenzierung" durch den Nichteigentümer S. 74).

tümers begründet sein" und fügt in Anm. 26 hinzu: „Durch die Verbindung (einer Sache als Zugehörung zu einer andern) werden weder bestehende Rechte Dritter an einer der verbundenen Sachen alteriert, noch ist es dadurch ausgeschlossen, daß ein Dritter Rechte an einer der verbundenen Sachen erwirbt. In beiden Fällen wird jedoch die Geltendmachung dieser Rechte eine Auflösung der Verbindung bewirken". Dies ist zuzugeben; aber daraus folgt: so lange diese Rechte nicht geltend gemacht und zwar in der Richtung auf eine Aufhebung der Verbindung geltend gemacht sind, kann die Verbindung fortbestehen; das bloße Bestehen dieser Rechte und die Möglichkeit, daß es zu einer Auflösung der Verbindung komme, steht der Fortdauer des Zubehörverhältnisses und seiner rechtlichen Geltung nicht entgegen: es ist möglich, daß der dritte Berechtigte die Verbindung duldet oder infolge rechtlicher Verpflichtung dulden muß. Erscheint, nach dem sichtbar vorliegenden Thatbestand, eine Sache als Hilfssache den Zwecken einer andern Sache dauernd gewidmet, so ist die Vermutung, daß eine über die Hauptsache ergehende Verfügung auch die Hilfssache mitbetreffe, auch dann gerechtfertigt, wenn sich ergeben sollte, daß die Hilfssache nicht im Eigentum des Verfügenden sei, weil auch über fremde Sachen, auch ohne Duldung oder Zustimmung des Eigentümers, rechtlich wirksam verfügt, also zugleich mit der eigenen Sache auch eine fremde — wissentlich oder irrtümlich — mitverkauft, mitverschenkt, mitvermacht werden kann mit all den, sehr verschiedenen Rechtswirkungen, welche dem Verkauf, dem Vermächtnis u. s. w. einer fremden Sache zukommen. Um also die getroffene Verfügung auch auf die Hilfssache mitzubeziehen, braucht nicht festzustehen, daß auch sie dem Verfügenden gehöre, letzteres kann nicht als positives Erfordernis für die Geltung jener Rechtsvermutung angesehen werden, wohl aber kann unter Umständen die Thatsache, daß die Hilfssache im Eigentum eines Andern ist, genügen, jene Rechtsvermutung auszuschließen. An das thatsächlich vorliegende, äußerlich sichtbare Verhältnis, daß das Gutsinventar den Zwecken des Landguts bleibend zu

dienen bestimmt ist, knüpft sich die Rechtsvermutung, daß in dem Verkauf des Landguts auch das Inventar mit einbegriffen sei; der Umstand aber, daß dieses Inventar nicht dem Verkäufer, sondern seinem Pächter gehört, schließt jene Vermutung nicht schlechthin, sondern nur unter Umständen, z. B. dann aus, wenn auch der Käufer dies gewußt hat.

Daß das Zubehörverhältnis, um rechtlich als solches zu gelten, seinem Wesen nach die Einheit des Eigentümers notwendig voraussetze, kann hienach nicht behauptet werden, und es ändert hieran nichts, daß in einer einzelnen Beziehung, in welcher der Zubehörbegriff von rechtlicher Bedeutung ist, nämlich betreffs der Zulassung der Entstehung einer Hypothek an beweglichen Sachen, aus besonderen, pfandrechtlichen Gründen (Art. 5 des württ. Pfandgesetzes) nur solche Zubehörden in Betracht kommen, welche im Eigentum des Eigentümers der Hauptsache stehen, indem dieser besondere, aus eigentümlichen Rücksichten entsprungene Satz es nicht rechtfertigt, die Forderung, daß die Zubehörde im Eigentum des Eigentümers der Hauptsache stehen müsse, als allgemeines Erfordernis in die Begriffsbestimmung des Zubehörverhältnisses aufzunehmen, da dieser letztere Begriff nicht auf dem Boden des Pfandrechts erwachsen ist, sondern auf einem allgemeinen Gebiet, nämlich auf dem der Willensauslegung, seine Entstehung wie auch den Schwerpunkt seiner rechtlichen Bedeutung hat. Mit Recht sagt deshalb Unger (österreichisches Privatrecht I, § 55 Nr. 3 S. 443), nicht etwa den Inhalt von Bestimmungen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs anführend, sondern gemeines Recht entwickelnd, folgendes: „es ist für die Frage der Pertinenzqualität einer Sache gleichgültig, ob der Eigentümer der Hauptsache, der eine andere Sache als Hilfssache mit dieser verbindet, Eigentümer dieser Hilfssache ist oder nicht: die Hilfssache erscheint immerhin als solche, sie ist daher mitveräußert und mitvermacht, nur daß selbstverständlich die Rechte des Eigentümers der Hilfssache hiedurch nicht beeinträchtigt werden können; es ist dies dann eben die Veräußerung einer fremden Sache, das Legat einer fremden Sache;

daher wird die fremde Hilfssache durch den Pfandnexus nicht ergriffen, wenn der Eigentümer der Hauptsache dieselbe verpfändet [1])."

Daß dem württ. Recht, insbesondere dem württ. Pfandgesetz eine andere Auffassung zu Grunde liege, läßt sich nicht behaupten. Wenn Art. 51 des letzteren so aufzufassen ist, daß die aus der mitverpfändeten Sachgesamtheit heraus veräußerten Stücke vom Pfandrecht frei werden mit der Veräußerung, d. h. schon mit dem Uebergang des Eigentums ohne Rücksicht auf etwaige Fortdauer des thatsächlichen Verhältnisses, so ist dies darauf zurückzuführen, daß die Zugehörigkeit des einzelnen Stücks zur Gesamtheit schon durch seine Uebertragung in fremdes Eigentum aufgehoben und damit dann freilich auch sein Zubehörverhältnis zur Liegenschaft, und hiemit seine Pfandhaftung, beendigt wird; hieraus läßt sich aber nichts ableiten für den wesentlich verschiedenen Fall, daß die Gesamtheit als solche (als Ganzes) von der Liegenschaft (oder diese von jener) wegveräußert wird, weil für diesen Fall eine gesetzliche Bestimmung dahin, daß schon die Scheidung des Eigentumes das Zubehörverhältnis der Sachgesamtheit zur Liegenschaft aufhebe, nicht gegeben, somit eben dies hier erst zu untersuchen und mangels einer landesrechtlichen Bestimmung aus dem gemeinen Recht beziehungsweise aus der rechtlichen Natur des Zubehörverhältnisses zu beantworten ist.

Der mit Begutachtung des Entwurfs des württ. Pfandgesetzes betraute landständische Ausschuß freilich hatte (zu § 3, 51, 132 Nr. 5 des Entw.) den Antrag gestellt, im Gesetz zu bestimmen: „das Unterpfandsrecht erstreckt sich auf die in dieser Eigenschaft ausdrücklich bezeichneten Zugehörungen an beweglichen Sachen, soweit sie nicht vor Erhebung der Pfandklage in das Eigentum eines Dritten übergegangen sind [2])" und scheint hiemit, wie die Begründung desselben (S. 126 zu 3) zu erkennen giebt, auf dem Standpunkt des preußischen A. L. R.,

1) Vgl. auch den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich § 789 und Motive hiezu, Bd. III. S. 62 letzter Absatz.

2) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom J. 1824, 3. außerord. Beilagen-Heft, S. 182 Ziffer 3 c.

bezw. der Beklagten zu stehen, daß die zur Liegenschaft gehörigen beweglichen Zubehörden ihre „rechtliche Bestimmung, mit dieser ein zusammenhängendes Ganzes zu bilden“, also ihre Zubehöreigenschaft schon dadurch verlieren, daß ein Dritter an ihnen das Eigentum erwirbt. Aber dieser Antrag des Ausschusses ist weder von der Abgeordnetenkammer, noch von der Regierung angenommen, somit nicht Gesetz geworden; die ständische Kommission hat über diesen Antrag sich gar nicht ausgesprochen, und bei der Beratung (in der Sitzung der Abgeordnetenkammer vom 9. Juni 1824, Protok.-Heft 9 S. 743) ist lediglich der — gänzlich verschiedene — Antrag der Kommission (Hauptantrag VIII. lit. c., s. 3. außerord. Beil.-Heft S. 194, 238) angenommen worden. Daß aber jene vom Ausschuß vorgeschlagene Bestimmung mittelbar, nämlich durch Art. 51 des Pfandgesetzes, in einem weiteren, als dem oben bezeichneten Umfang (bezüglich der Wegveräußerung einzelner Stücke aus der als Zugehörung mitverpfändeten Gesamtheit) bestätigt worden sei, ist nicht zuzugeben und kann auch nicht mit Sicherheit als die Auffassung v. Wächters (nach dem a. a. O. S. 49 Nr. 6 von ihm Ausgeführten) angenommen werden; im Gegenteil scheint v. Wächter auf dem hier vertretenen Standpunkt zu stehen, sofern anzunehmen ist, daß in den Worten: „wird dieses Verhältnis aufgehoben, veräußert z. B. der Verpfänder eine solche Sache, so hört der Pfandnexus an ihr auf“, unter der „Veräußerung“ an den regelmäßigen Fall gedacht ist, wo die (vollzogene) Veräußerung auch zur thatsächlichen Trennung der veräußerten Zubehörde geführt hat, was dadurch bestätigt wird, daß (S. 54) in dem Fall, wo eine mit einer Liegenschaft verpfändete Zubehörde vom Eigentümer nachher einem Dritten zu Faustpfand gegeben wird, als Grund (und Zeitpunkt) für die hiedurch bewirkte Aufhebung der Zubehöreigenschaft und damit des Unterpfandsrechts nicht etwa die in der Begründung des dinglichen Faustpfandrechts enthaltene partielle Veräußerung der Zubehörde, sondern der Umstand bezeichnet wird, daß die Zubehörde in den vom Besitz der Hauptsache gesonderten Besitz des Faustpfand-

gläubigers übertragen worden, also die Sache „in eine Lage gekommen sei, bei der sie der Hauptsache nicht mehr als Zugehörung dient".

Ist sonach zur Entstehung eines rechtlich wirksamen Zubehörverhältnisses nicht erforderlich, daß der Eigentümer der Hauptsache auch die Hilfssache in seinem Eigentum habe, so folgt, daß durch Wegfall des Eigentums an dieser letzteren (bezw. an der ersteren) das Zubehörverhältnis nicht aufgehoben wird, und daß im Fall der Wegveräußerung der Zubehörde von der Hauptsache (oder umgekehrt) der Uebergang des Eigentums auf den Erwerber für sich allein das Zubehörverhältnis nicht beendigt, somit auch das durch die Fortdauer des letzteren bedingte Unterpfandsrecht an der Zubehörde nicht zum Erlöschen bringt; vielmehr kann dies nur dann eintreten, wenn ein wesentliches Erfordernis des Zubehörverhältnisses, also das Dienstverhältnis der Hilfssache zur Hauptsache (nicht bloß vorübergehend, sondern endgiltig) in Wegfall kommt, somit im Fall ihrer Veräußerung erst dann, wenn die Veräußerung auch zur thatsächlichen Trennung der Zubehörde vom Grundstück geführt hat. Hat also der Eigentümer die Zubehörde allein, ohne das Grundstück, veräußert und dem Erwerber übergeben, aber dieselbe (mittels Besitzvertrags) in seiner Detention zurückbehalten, so daß er nach wie vor äußerlich als Herr des Ganzen, als Besitzer des Grundstücks wie als (natürlicher) Besitzer der Zubehörde erscheint, so ist in dem Bestand des Zubehörverhältnisses durch die Veräußerung eine Veränderung nicht eingetreten und dauert mit der Fortdauer desselben auch das an der Zubehörde begründete Pfandrecht fort, bis die Veräußerung auch zur realen Trennung der letzteren von der Hauptsache (zur Wegschaffung derselben vom Grundstück) geführt hat; und dasselbe muß auch in dem Fall gelten, wo unter Zurückbehaltung des Eigentums an der Zubehörde das Grundstück allein veräußert und übergeben, zugleich aber auch die vom Eigentümer vorbehaltene Zubehörde (durch Vermietung, widerrufliche Ueberlassung u. s. w. derselben) unverändert in den Besitz des Erwerbers des Grundstücks über-

tragen und so das Dienstverhältnis der Zubehörde zum Grundstück durch die Veräußerung nicht gestört worden ist. Wenn man also auch mit der Beklagten davon ausgeht, daß im vorliegenden Fall zuerst die Liegenschaft ohne das Warenlager — durch Einbringung der Liegenschaft in die Aktiengesellschaft — an diese letztere veräußert und übergeben und später erst durch selbständiges Rechtsgeschäft das Warenlager an dieselbe verkauft und übergeben worden, insofern also eine Trennung des Warenlagers (der Zubehörde) von der Liegenschaft (als der Hauptsache) herbeigeführt worden sei, so ist doch, auch nach dem Vorbringen der Beklagten, diese Trennung eine bloß rechtliche, eine Trennung nur des Eigentums gewesen, und das thatsächliche Verhältnis des Warenlagers zum Fabrikanwesen, sein Verhältnis als einer den Zwecken dieses letztern, also den zum Fabrikbetrieb eingerichteten Grundstücken, dauernd gewidmeten Sachgesamtheit, hiedurch in keiner Weise verändert worden, sofern (wie die Beklagte zugiebt) auch nach der Uebergabe der Liegenschaft an die Aktiengesellschaft „die Warenvorräte thatsächlich in denselben Lokalitäten, in den Fabrikräumen, verblieben sind", und deren Gebrauch und Verbrauch zu Zwecken der Fabrik fortgesetzt worden ist.

Auch an den nach dem „oberen Hammer" verbrachten Waren ist das Zubehörverhältnis derselben zur Fabrik, und damit das Pfandrecht der Klägerin, nicht erloschen. Denn daß auch diese Waren, ihrer Verbringung in den von der Fabrik 5 (oder 7) Minuten entfernten, nicht zur verpfändeten Liegenschaft gehörigen, von der Fabrik nur gemieteten Schuppen unerachtet, den Zwecken dieser letzteren (also der Hauptsache) noch immer zu dienen bestimmt seien, war aus ihrem äußeren Verhältnis zu dieser insofern erkennbar, als von jenem Schuppen aus Waren (im Fabrikbetrieb) verkäuflich versendet worden sind und schon durch die Einlagerung der (in der Fabrik hergestellten oder für den Betrieb bestimmten) Waren in diesen Schuppen das thatsächliche Verhältnis, daß dieser Schuppen für die Zwecke der Fabrik benützt werde, also die in demselben lagernden Waren zur Verfügung der Fabrik daselbst lagern,

offenbar geworden ist, — so daß dahingestellt bleiben kann, ob mit der Unterbringung der Waren in diesem Schuppen nicht eine bloß vorübergehende Trennung derselben von der Hauptsache beabsichtigt gewesen sei.

Urteil des Oberlandesger. I. Sen. vom 23. Januar 1891 in Sachen der Aktiengesellschaft Sp. Zw. u. Str. in R. im Konkurs gegen die Handwerkerbank R. E. G., daselbst.

In dem auf die Revision der Beklagten ergangenen Urteil des Reichsgerichts VI. Sen. vom 11. Juli 1891 ist die rechtliche Auffassung des Oberlandesgerichts, soweit sie der Nachprüfung unterlag, hinsichtlich beider Einreden gebilligt.

Entscheidungen des Reichsgerichts, Band 28 S. 147 bis 149.

47.

Ergreift das Pfandrecht an dem als Zubehörde einer Liegenschaft mitverpfändeten Warenlager auch die von dem dritten Besitzer dieses letzteren hinzuerworbenen Waren?

Hat derselbe der Pfandklage gegenüber an diesen Waren nicht wenigstens ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des auf ihre Erwerbung von ihm gemachten Aufwands oder ein Wegnahmerecht?

In dem zu der vorigen Nummer angeführten Fall hat die beklagte Aktiengesellschaft in Fortsetzung des Betriebs der von den Gründern eingebrachten Fabrik Rohmaterialien und Halbfabrikate aus ihren Mitteln angeschafft und die von der offenen Handelsgesellschaft J. G. & Co. übernommenen, der Klägerin verpfändeten Rohstoffe und Halbfabrikate weiter zu fertigen Waren verarbeitet. Gegen den auf die Herausgabe auch dieser Vorräte gerichteten Pfandanspruch der Klägerin hat die Beklagte eingewendet: Das Pfandrecht an dem von J. G. & Co. als Zubehörde der Fabrik mitverpfändeten Warenlager könne nicht auf diese, erst von der Aktiengesellschaft hiezu erworbenen Waren sich erstrecken, weil eine Unterwerfung dieser letzteren unter das Pfandrecht nur auf einem dahin gerichteten

Willen der Beteiligten beruhen könne, der Vorstand der Aktiengesellschaft aber diese Absicht nie gehabt habe, da er selbst einen Pfandvertrag mit der Klägerin nicht abgeschlossen habe und auch in den von J. G. & Co. mit der Klägerin abgeschlossenen nicht eingetreten sei. Jedenfalls sei durch die Verarbeitung der von J. G. & Co. übernommenen Rohstoffe und durch die Hinzuerwerbung von solchen seitens der Aktiengesellschaft der Wert des Warenlagers namhaft erhöht, das Pfandobjekt also durch diese Aufwendungen von ihr verbessert worden, und stehe deshalb der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht an demselben bis zum Ersatz ihres Aufwands, jedenfalls ein Recht der Wegnahme hinsichtlich aller von ihr angeschafften Waren zu.

Das Oberlandesgericht hat in dem zu voriger Nummer erwähnten Urteil diese Einwendungen als unbegründet erkannt.

Gründe:

Daß die von der Beklagten selbst zu dem von J. G. & Co. übernommenen Warenlager angeschafften Waren unter das Pfandrecht der Klägerin fallen, hat die Beklagte mit Unrecht bestritten.

Auch nach dem württ. Pfandgesetz ist das Pfandrecht ein an der Sache haftendes „dingliches", d. h. gegen jeden Besitzer verfolgbares Recht, welches gegen den dritten Besitzer in demselben Umfang wie gegen den Verpfänder selbst begründet ist, da die verpfändete Sache mit der (ganzen) auf sie gelegten Last auf den Besitzer übergeht, und zwar auch dann, wenn der Besitzer von dieser Last keine Kenntnis, noch weniger in dieselbe eingewilligt hat (Art. 114, 115 des Pfdges.). So wenig hienach die Beklagte als dritte Besitzerin der verpfändeten Grundstücke der Geltendmachung des Pfandrechts an diesen durch die Berufung darauf sich entziehen könnte, daß sie einen Pfandvertrag mit der Klägerin nicht abgeschlossen habe, überhaupt mit ihrem Willen ein Pfandrecht an denselben nicht begründet worden sei, ebensowenig kann sie das auf das vorhandene Warenlager geltend gemachte Pfandrecht mit dieser Einwendung beseitigen. Aber auch die Berufung darauf, daß

die von ihr selbst angeschafften Waren nicht der Gegenstand der Pfandbestellung gewesen und deshalb nicht das verpfändete Objekt darstellen, sondern ein anderes, ist hiezu nicht geeignet. Den Gegenstand der Verpfändung vom 14./23. Dezember 1887 sind „die jeweils", nämlich gemäß Art. 51 des Pfdges. die zur Zeit der einstigen Erhebung der Pfandklage „vorhandenen Vorräte an Waren", ohne Unterschied, wann und von wem die einzelnen Teile dieser Vorräte angeschafft sein würden. Gegenstand des der Klägerin zustehenden Pfandrechts ist also das Warenlager in seinem dermaligen, am 8. Novbr. 1889 vorliegenden Bestand. Art. 51 des Pfdges. bezeichnet in dem Fall, daß eine Gesamtheit beweglicher Zugehörungen als solche zusammen mit einem Grundstück verpfändet worden ist, als Gegenstand des Pfandrechts ausdrücklich „alle die einzelnen auch später erworbenen Sachen", welche die Eigenschaft haben, zu der verpfändeten Gesamtheit zu gehören und damit eine Zugehörung zum Grundstück zu bilden, ohne daß auch nur angedeutet wäre, daß bei der „späteren Erwerbung der Sachen" nur an die Besitzzeit des Verpfänders (und etwa seiner Gesamtrechtsnachfolger) gedacht sei, ja es ist der Gedanke an eine solche Beschränkung dadurch geradezu ausgeschlossen, daß als der maßgebende Zeitpunkt schlechtweg der der Erhebung der Pfandklage bezeichnet, und als Gegenstand des Pfands ausdrücklich „alle die einzelnen, zu dieser Zeit die fragliche Eigenschaft habenden, wenn auch später erworbenen" Sachen bestimmt sind. Danach ist die mitverpfändete Sachgesamtheit gedacht als eine im Wechsel ihrer Bestandteile sich erhaltende Einheit, und als Gegenstand des Pfandrechts eben diese Einheit als solche, welche bei der Ausübung des Pfandrechts (durch Pfandklageerhebung) durch die zu dieser Zeit in der Gesamtheit vorhandenen Sachen dargestellt werde, ohne Rücksicht auf die Person ihres Erwerbers. Wäre in der Absicht des Gesetzes gelegen, die Ausübung des an der mitverpfändeten Gesamtheit bestellten Pfandrechts zu beschränken auf die vom ursprünglichen Verpfänder selbst angeschafften Stücke der Gesamtheit, so hätte diese Einschränkung notwendig im Ge-

setz irgendwie zum Ausdruck gebracht, insbesondere der Satz, daß alle „zur Zeit der Erhebung der Pfandklage" zur Gesamtheit gehörigen Sachen dem Pfandrecht unterliegen, notwendig dahin beschränkt werden müssen, daß alle zur Zeit der gegen den Verpfänder erhobenen Pfandklage vorhandenen, zur Gesamtheit gehörigen Sachen dem Pfandrecht unterworfen seien; denn als selbstverständlich kann diese Beschränkung keineswegs gelten. Wollte diese als im Sinne des Gesetzes gelegen angenommen werden, so würde für den Fall, daß die Pfandklage gegen einen späteren Besitzer des mit der Sachgesamtheit zusammen verpfändeten Grundstücks erhoben wird, Umfang und Inhalt des Pfandrechts an der Sachgesamtheit der notwendigen Regelung völlig entbehren. Daß in diesem Falle das Pfandrecht auf die im Besitz des Verpfänders zur Zeit des Besitzwechsels vorhanden gewesenen Stücke sich konzentriere, könnte nicht ohne weiteres angenommen werden, und selbst wenn man dies annehmen wollte, würde nicht zu bestimmen sein, wie weit der Besitznachfolger in seiner Verfügungsfreiheit bezüglich der dem Pfandrecht unterworfenen Stücke der Gesamtheit beschränkt sei: würde angenommen, daß er diese durch ihre Veräußerung dem Pfandrecht nicht entziehen könne, so wäre ihm die Möglichkeit, einen Käufer für dieselben zu finden, so gut wie abgeschnitten, und damit die wirtschaftliche Bestimmung der meist auf einen Wechsel ihrer Bestandteile angelegten Gesamtheiten, z. B. eines Warenlagers, vereitelt; würde dagegen angenommen, daß jene Stücke durch ihr Ausscheiden aus der Gesamtheit, also durch Wegveräußerung, nach wie vor auch aus dem Pfandrecht heraustreten, so hätte es der Besitznachfolger in der Hand, dem Pfandgläubiger durch Wegveräußerung der beim Besitzwechsel vorhanden gewesenen Stücke sein Pfandrecht gänzlich zu vereiteln oder beliebig zu schmälern, und zwar trotzdem, daß die Gesamtheit als solche erhalten bleibt, z. B. das Warenlager durch Neuanschaffungen unterhalten wird, weil diese letzteren nicht ins Pfandrecht fallen würden, während die Anerkennung eines Pfandrechts an einer dem Wechsel ihrer Bestand-

teile unterworfenen Sachgesamtheit mit der Wirkung, daß die aus der Gesamtheit ausscheidenden Stücke auch aus dem Pfandrecht ausscheiden (wie sie Art. 51 in Verbindung mit Art. 3 des Pfdg. bestimmt), zur notwendigen Voraussetzung hat, daß die behufs Erhaltung der Gesamtheit an Stelle der ausgeschiedenen Stücke in diese neu eintretenden Stücke auch in das Pfandrecht fallen, um dessen Gegenstand zu erhalten; im unterstellten Falle dagegen würde der Fortbetrieb des Warenlagers durch den Besitznachfolger für den Pfandgläubiger die Wirkung haben, daß ungeachtet der thatsächlichen Fortdauer des ihm verpfändeten Warenlagers (und der Ergänzung der durch Wegveräußerung in ihm entstandenen Lücken durch Neuanschaffungen) seinem Pfandrecht der Gegenstand mehr und mehr, bis zur völligen Beseitigung, entzogen wird, die Fortsetzung des Lagerbetriebs durch den Nachfolger also ihm nur zum Nachteil, nie zum Vorteil, oder zur Ausgleichung seines Nachteils dienen könnte. Uebrigens wäre, auch abgesehen hievon, dem Gläubiger die Ausübung seines Pfandrechts am Warenlager gegen den Besitznachfolger schon durch die Notwendigkeit, die einzelnen aus der Besitzzeit des Verpfänders herrührenden Stücke der Gesamtheit zu bezeichnen und ihren Ursprung nachzuweisen, im Erfolg so gut wie vereitelt. Die Unangemessenheit dieser Ergebnisse zeigt, daß die von der Beklagten vertretene Ansicht folgerichtig dahin führen müßte, das Pfandrecht an der Gesamtheit mit dem Besitzwechsel als erloschen anzunehmen, was doch der Bestimmung des Pfandges. Art. 3 und 51, wonach jenes Pfandrecht so lange dauern soll, als die Sachen die Eigenschaft haben, Teile der Gesamtheit und damit Zugehörungen zum Grundstück zu sein, geradezu widersprechen würde.

Hienach sind gemäß Art. 51 des Pfandges. dem Pfandrecht der Klägerin unterworfen alle diejenigen zur Zeit der Erhebung der Pfandklage im Besitz der Beklagten gewesenen, wenn auch von ihr selbst erst angeschafften Waren, welche zu der verpfändeten Gesamtheit gehören, d. h. den „Vorräten an

Rohmaterialien, fertigen und halbfertigen Waren (Garnen)" beizuzählen sind.

Indem sodann Art. 51 des Pfandges. in dem Falle, daß mit einem Grundstück als Zugehörung desselben ein Warenlager als Sachgesamtheit verpfändet ist, als Gegenstand des Pfandrechts, auch bei seiner Geltendmachung gegen den dritten Besitzer des Pfands, bezeichnet: alle die künftig zur Zeit der Erhebung der Pfandklage — einen Teil dieses Lagers bildenden, wenn auch später erworbenen Waren — und damit bestimmt, daß der Gläubiger auch alle später, also auch die vom dritten Besitzer hinzuerworbenen (dem Lager einverleibten) Waren, so weit sie bei Erhebung der Klage noch vorhanden sind, zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen, d. h. dem Besitzer abfordern und zu Deckung seiner Forderung veräußern dürfe, hat es hiemit den Wert auch dieser hinzuerworbenen Sachen dem Befriedigungsrecht des Gläubigers unterworfen; diese Befugnis des Gläubigers wäre aber im Erfolg aufgehoben, wenn er eben diesen Wert (den Wert der hinzuerworbenen Waren, so weit sie noch vorhanden) dem Pfandbesitzer zu ersetzen — sei es unter dem Gesichtspunkt einer Verbesserung des Pfands oder der Verwendungen auf dasselbe zu erstatten — sei es deren Wegnahme zu gestatten — hätte; es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, was er dem Gläubiger mit der einen Hand (Art. 51) gegeben, mit der andern Hand (Art. 119) wiedergenommen, oder daß er an dem mitverpfändeten Warenlager ein nur im Grundsatz vorhandenes, praktisch inhaltloses Pfandrecht geschaffen habe; der von der Beklagten an den neuerworbenen Waren geltend gemachte Retentions- bezw. Wegnahme-Anspruch ist sonach unbegründet.

Im wesentlichen dasselbe gilt von dem Anspruch auf Ersatz des auf die Verarbeitung der Waren von der Beklagten gemachten Aufwands. Denn indem, wie erwähnt, der Pfandbuchseintrag vom 14./23. Dezember 1887 — und zwar, wie gezeigt, im Einklang mit dem Gesetz und mit einer auch den dritten Besitzer verpflichtenden Wirkung, bestimmt hat, daß die das verpfändete Warenlager bildenden

Waren, so wie sie zur Zeit der dereinstigen Klagerhebung vorliegen werden, den Gegenstand des Pfandrechts bilden sollen, ohne daß es darauf ankomme, welche und wie viele derselben aus dem Zustande des Rohmaterials in den des Halb- oder Ganz-Fabrikats, oder aus dem Zustand der halbfertigen in den der ganzfertigen Waren übergetreten sein würden, ist deutlich ausgedrückt, daß die alsdann vorliegenden Waren in ihrem vollen Umfang und Wert dem Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung zu Gute kommen sollen; hiemit in geradem Widerspruch würde es stehen, wenn der Gläubiger den auf die Ueberführung der Waren aus der einen in die andere Klasse gemachten Arbeitsaufwand zu ersetzen hätte, also an die vorliegenden Waren sich nur insoweit halten könnte, als deren Wert den des erwähnten Aufwands übersteigt; ein derartiger Ersatzanspruch ist somit dem — auch für den dritten Besitzer des Pfands maßgebenden — Verpfändungswillen entgegen und deshalb unbegründet.

48.

Erlischt das Pfandrecht an beweglichen Zubehörden eines Grundstücks durch deren Verarbeitung (Spezifikation)?

In dem Fall der vorvorigen Nummer war von der Beklagten weiter eingewendet: insoweit als die der Klägerin von J. G. & Co. mitverpfändeten Rohstoffe (Baumwolle) und Halbfabrikate (Garne) von der Beklagten in Garne und Strickwaren (Ganzfabrikate) umgearbeitet worden, sei das Pfandrecht der Klägerin durch Spezifikation erloschen. Auch diese Einrede ist vom Oberlandesgericht verworfen.

Gründe:

Diese Einrede kann freilich nicht durch Hinweisung auf Art. 125 des Pfdgeſ. beseitigt werden, welcher bestimmt, daß „die Umwandlung oder die neue Gestaltung der verpfändeten Sache hinsichtlich des Unterpfandrechts keine Veränderung bewirkt," weil diese Bestimmung richtiger Ansicht nach als Bestätigung der l. 16 § 2 Dig. (20, 1) das Pfandrecht an un-

beweglichen Sachen zum Gegenstand hat und auf verpfändete bewegliche Zugehörungen einer Liegenschaft sich nicht bezieht[1]). Andererseits kann sich auch die Beklagte für ihre Einwendung nicht auf den Satz des gemeinen Rechts berufen, daß das an einer beweglichen Sache bestehende Pfandrecht durch deren Verarbeitung (Spezifikation im technischen Sinne) erlösche. Denn es kann dieser Satz — sofern man ihn überhaupt als im gemeinen Recht begründet ansehen will[2]) und im vorliegenden Falle eine wahre Spezifikation vorhanden sein sollte — jedenfalls nur auf dem Gedanken beruhen, daß die Pfandsache, wenn sie infolge der Verarbeitung auf ihre frühere Gestalt nicht mehr zurückgebracht werden kann, als untergegangen und damit das Pfandrecht als seines Gegenstands verlustig geworden anzusehen sei, während an der durch die Verarbeitung hergestellten neuen Sache ein Pfandrecht nicht bestellt sei. Es läßt aber das gemeine Recht in diesem Falle zu, daß die künftig durch Verarbeitung herzustellende neue Sache an Stelle der bisherigen zum voraus verpfändet werde (Dernburg, Pfandrecht II. § 170 S. 560 ff.), und dies ist auch im württemb. Pfdges. (trotz der Bestimmung seines Art. 5) wenigstens im Rahmen des Art. 51 (durch diesen Artikel) anerkannt, also für die Bestandteile einer als Zugehörung eines Grundstücks mit diesem verpfändeten Sachgesamtheit; denn wenn Art. 51 bestimmt, daß in diesem Falle das Pfandrecht alle diejenigen ob auch später erworbenen Sachen ergreife, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage „jene Eigenschaft haben", d. h. Teile der verpfändeten Gesamtheit sind, so sind hiemit alle inzwischen als Ersatz der aus der Gesamtheit ausgeschiedenen in diese neu eingetretenen Sachen, also auch die an Stelle der verarbeiteten Stücke durch die Umarbeitung tretenden neuen Stücke, als dem Pfandrecht unterworfen bezeichnet und ist jedenfalls dann, wenn dies letztere (wie hier der Fall) vom Ver-

1) Wächter, Erörterungen, Heft 1 S. 42; Bolley, Komm. zum Pfandgesetz I. S. 487 § 220.

2) Vgl. die verschiedenen Meinungen hierüber bei Windscheid, Pandekten 1, § 248 n. 10.

pfänder bei der Verpfändung ausdrücklich als gewollt erklärt und dies ins Unterpfandsbuch eingetragen worden ist, diese Willenserklärung durch Art. 51 als wirksam anerkannt; diese Erklärung, obwohl nur zwischen den ursprünglichen Teilnehmern des Pfandvertrags ausgetauscht, ist doch infolge ihrer Eintragung im Pfandbuch für jedermann erkennbar und muß, wenn das an der Gesamtheit als einem in seinen Teilen wechselnden Ganzen bestellte Pfandrecht nach Art. 51 (wie oben angezeigt) auch den dritten Besitzer des Grundstücks belastet, auch gegen den dritten Besitzer Wirksamkeit haben, indem das an der Sache selbst, als ihr auferlegte Last, haftende Pfandrecht gegen den dritten Besitzer nicht in einem andern Sinne und Umfang begründet sein kann, als in dem bei Bestellung desselben vom ersten Besitzer bestimmten und auf die Sache gelegten. Im vorliegenden Falle sind in den Pfandbuchseinträgen vom 14./23. Dezember als mitverpfändet bezeichnet: „Die jeweils vorhandenen Vorräte von Rohmaterialien, fertigen und halbfertigen Waren"; als verpfändete Gesamtheit sollen also gelten: die jeweils vorhandenen Vorräte von Rohstoffen, halbfertigen und ganzfertigen Waren schlechtweg, ohne daß der Umfang jeder einzelnen dieser drei Gattungen für sich oder in seinem Verhältnis zum Ganzen des Lagers nach Wert oder Zahl irgendwie begrenzt wäre, womit deutlich ausgedrückt ist, daß es nicht darauf ankomme, wie viele Waren zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts aus der Klasse der Rohstoffe in die der Halbfabrikate oder aus der letzteren Klasse in die der Ganzfabrikate übergetreten sein würden, m. a. W. daß zum voraus auch die erst künftig durch Verarbeitung der Rohstoffe oder Halbfabrikate herzustellenden Waren, so wie sie bei Erhebung der Pfandklage dereinst vorliegen würden, dem Pfandrecht unterliegen sollen, — wobei der Umstand, daß zu der Verarbeitung auch die von der Beklagten neu angeschafften Stoffe mitverwendet worden sind, keinen Unterschied begründen kann, sofern, wie oben gezeigt, auch diese Stoffe in das Pfandrecht fallen.

49.

Hat der Pfandgläubiger an dem Erlös aus den mitverpfändeten, vom dritten Besitzer des Pfands veräußerten beweglichen Zubehörden ein Pfand- und Absonderungsrecht?

Ist § 38 der K. O. auf Veräußerung von Gegenständen eines Absonderungsrechts entsprechend anwendbar?

In dem vorerwähnten Rechtsfall hat die Aktiengesellschaft ihren Geschäftsbetrieb und damit auch den Verkauf von Waren aus ihrem Lager auch nach Erhebung der Pfandklage fortgesetzt und die Erlöse daraus eingezogen; Klägerin hat mit der Pfandklage auch diese Erlöse für ihre Befriedigung in Anspruch genommen, ist aber vom Berufungsgericht mit diesem Anspruch abgewiesen.

Gründe:

Da die (durch Art. 51 des Pfdg. bestimmte) Wirkung des an einem Warenlager als Sachgesamtheit bestellten Pfandrechts, daß die aus dem Lager heraus verkauften Waren auch aus dem Pfandverband austreten, der Pfandbesitzer also durch deren Veräußerung das Pfandrecht des Gläubigers nicht verletzt, mit Erhebung der Pfandklage bezüglich der alsdann noch vorhandenen Stücke des Warenlagers aufhört, so hat die Aktiengesellschaft dadurch, daß sie auch nach Zustellung der vorliegenden Pfandklage (nach dem 8. Novbr. 1889) noch bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens (23. Nov. 1889) von den vom Pfandrecht der Klägerin ergriffenen Waren einzelne verkauft hat, das Pfandrecht der Klägerin verletzt, und war deshalb diese nicht darauf beschränkt, ihr durch den Verkauf nicht aufgehobenes Pfandrecht an den verkauften Waren in die dritte Hand zu verfolgen, vielmehr berechtigt, von der Aktiengesellschaft als der zur Herausgabe der fraglichen Pfandsachen verpflichteten dritten Besitzerin, welche sich die Herausgabe durch den Verkauf, also durch ihr Verschulden, unmöglich gemacht hat, das Interesse an dieser Herausgabe ersetzt zu verlangen, also (da in Ermanglung entgegenstehender Behauptungen davon auszugehen ist, daß der von der Aktiengesellschaft erzielte

Preis dem gemeinen Wert der Waren entspreche), die Bezahlung des Erlöses zu fordern; diese gegen die Aktiengesellschaft schon zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über dieselbe begründet gewesene persönliche Geldforderung der Klägerin ist gegenüber der jetzigen Beklagten als gewöhnliche Konkursforderung im Sinne des § 2 K. O. nach § 133 ff. K. O. zu verfolgen, steht aber im vorliegenden Rechtsstreit nicht in Frage; vielmehr hat Klägerin, indem sie „die Herausgabe dieses Erlöses“, „welcher in der Masse noch vorhanden sei“, beansprucht, ein Absonderungsrecht an demselben bezw. einen Anspruch an die Masse (Masseschuld) geltend gemacht, ein Anspruch dieses Inhalts ist aber nicht begründet. Ein Absonderungsrecht könnte nach der Konkursordnung, welche (gemäß § 3 und Einf. Ges. § 11, 17) die Absonderungsrechte ausschließend regelt, nur nach Maßgabe ihres § 39, also nur insoweit geltend gemacht werden, als das nach dem württ. Pfandgesetz an mitverpfändeten beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft zugelassene Unterpfandsrecht auch auf den Erlös aus veräußerten derartigen Zugehörungen sich erstreckte, was aber nach Inhalt der Art. 49 (und 51) desselben nicht der Fall ist, sofern dieser Artikel unter den Gegenständen, auf welche das Unterpfandsrecht sich erstreckt, den Kaufpreis der veräußerten Zubehörden nicht aufführt, — weder den eingehobenen Erlös, noch die etwa noch ausstehende Forderung des Kaufpreises, ein allgemeingültiger Rechtssatz des Inhalts aber, daß der Kaufpreis rechtlich an die Stelle einer veräußerten Sache trete, nicht besteht; des weiteren würde dem geltend gemachten Absonderungsrecht aber auch schon der Umstand entgegenstehen, daß die Konkursordnung (§ 3, § 39—44) für Zulassung eines Absonderungsrechts, als Gegenstand der abgesonderten Befriedigung, einen in der Masse unterscheidbar vorhandenen Vermögensgegenstand (Sache oder Recht), aus welchem die Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgen kann, wesentlich voraussetzt, während Klägerin gar nicht behauptet hat, daß der „in der Masse noch vorhandene Erlös“ in dieser noch unterscheid-

bar vorhanden, insbesondere etwa Gegenstand eines noch ausstehenden Forderungsrechts sei.

Aber auch eine Masseschuld (nach § 52 Ziffer 1, 3 der K. O.) ist bezüglich dieses Erlöses nicht begründet, mag er schon von der Aktiengesellschaft selbst vor der Konkurseröffnung, oder erst nach dieser vom Konkursverwalter eingezogen worden sein; denn im ersten Fall fehlt es für die Annahme einer rechtlosen Bereicherung der Masse an der Darlegung, inwiefern ein Zugutekommen dieses Erlöses für die Masse eine „rechtlose" Bereicherung derselben darstelle, sofern die Aktiengesellschaft die fraglichen Waren — zwar mit Verletzung ihrer Herausgabepflicht gegenüber der Klägerin, aber gleichwohl — gültig und wirksam verkauft, und durch Einziehung der ihr hieraus erwachsenen Kaufpreisforderung ein Recht der Klägerin nicht verletzt, nur die ihr gegen diese obliegende Ersatzverbindlichkeit nicht erfüllt hat, während an die Stelle des ihr zuständig gewesenen Eigentums an den veräußerten Waren deren Wert in ihr Vermögen gekommen und soweit dieses bei Eröffnung des Konkurses vorhanden war, mit Recht den Konkursgläubigern als Befriedigungsmittel überwiesen worden ist; soweit aber der Erlös erst vom Konkursverwalter zur Masse eingezogen worden sein sollte, ist nicht dargethan, inwiefern der Konkursverwalter mit dieser Handlung die Grenzen seiner Befugnisse überschritten habe (§ 52 Z. 1) oder der Masse eine rechtlose Bereicherung hiedurch zugegangen sei (§ 52 Z. 3), sofern die eingezogene Forderung zur Zeit der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen der Gemeinschuldnerin, also zur Konkursmasse gehört hat (§ 1 K. O.). Eine analoge Anwendung der in § 38 der K. O. für den Fall der Veräußerung von Aussonderungsgegenständen getroffenen Bestimmungen, auf den vorliegenden Fall ist aber, angesichts der von den Motiven zur K. O. (S. 186 Worte: „Streng genommen würde 2c.) selbst als singulär bezeichneten Natur dieser Bestimmung durch die Erwägung ausgeschlossen, daß im Falle des § 38 der Gemeinschuldner eine ihm nicht gehörige Sache, in unserem Fall dagegen sein Eigentum veräußert hat, wie denn auch

in den Quellen des gemeinen Rechts der in l. 23 Dig. 12, 1 enthaltene Grundsatz, daß wer eine fremde Sache veräußert (oder verpfändet) hat, dem Eigentümer für den Erlös haftet [1]), auf den Fall der Veräußerung einer eigenen, aber verpfändeten Sache nicht ausgedehnt ist.

Die von der Klägerin gegen diese Abweisung eingelegte Anschluß-Revision ist vom Reichsgericht zurückgewiesen worden. Entscheidungen des Reichsgerichts Band 28, S. 149, 150.

50.

Vertragsmäßige Beschränkung der Gewerbefreiheit.

Das Thatsächliche ergiebt sich aus den Gründen:

I. Laut schriftlichen Vertrags vom 17. Februar 1882 stellte die Klägerin den Beklagten in ihrem Geschäft als Krempelmeister mit einem Monatsgehalt von 150 Mk. an, welcher späterhin auf 200 M. erhöht wurde. In Ziffer VI. des Vertrags ist bestimmt, daß Beklagter sich verpflichte, „nach auf irgend welche Weise eingetretener Aufhebung seines Dienstverhältnisses vor Ablauf der nächstfolgenden 5 Jahre innerhalb des Absatzgebietes der Gesellschaft weder ein Geschäft mit Fabrikation oder Vertrieb von Maschinenfilzen zu betreiben, noch in einem solchen Geschäft irgend welche Anstellung zu nehmen, noch bezüglich eines solchen Geschäfts mit irgend jemanden in Unterhandlung zu treten, noch irgend jemandem Mitteilung über die Fabrikationsweise oder den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zu machen", und für jede Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift einer an die Klägerin zu entrichtenden Konventionalstrafe von 15 000 Mk. sich unterwerfe. Indem Klägerin behauptet, daß Beklagter, welcher am 30. Mai 1891 seinen Dienst verließ und in der Folge als Manipulant in die Dienste der Aktiengesellschaft der Oesterreichischen Filzfabriken zu Brünn trat, die Vorschrift der Ziffer VI. des Vertrags verletzt habe, verlangt sie vom Beklagten die Bezahlung der Konventional-

1) Vgl. Windscheid, Pandekten II. § 422 N. 4 u. R G. Entsch. Bd. 25 S. 130.

strafe von 15000 Mk. sowie den Austritt aus seinem jetzigen Dienste für die Dauer der nächsten 5 Jahre, vom 15. Mai 1891 an gerechnet.

II. Da es sich nicht bloß bei der Konventionalstrafe, sondern auch bei dem Dienstaustritte des Beklagten um Verpflichtungen handelt, welche erst für die Zeit nach Auflösung des Dienstverhältnisses zwischen den Parteien übernommen worden sein sollen, so fallen diese Verpflichtungen nicht unter die Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne der Z. 2 des § 3 des Reichsgesetzes vom 29. Juli 1890, betreffend die Gewerbegerichte[1]), und es sind demgemäß, wie dies bezüglich der Konventionalstrafe in Abs. 2 des angeführten § noch ausdrücklich bestimmt ist, für den vorliegenden Rechtsstreit nicht die Gewerbegerichte, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig; vgl. übrigens auch noch § 2 Abs. 2 desselben Gesetzes.

III. Der Beklagte bestreitet zunächst die Rechtsgültigkeit der in Ziffer VI. des Vertrags getroffenen Bestimmung, da solche gegen die guten Sitten verstoße; er will ferner die von ihm übernommene Verpflichtung nicht für die der Aufhebung des Dienstverhältnisses, sondern nur für die dem Abschlusse des Vertrags nächstfolgenden 5 Jahre eingegangen haben; und er behauptet weiterhin, daß in der Folge der ganze Vertrag vom 17. Februar 1882 aufgehoben worden sei. Für den Fall, daß die Vorschrift der Ziffer VI. zu Recht bestand, bestreitet Beklagter sodann auch ein Zuwiderhandeln gegen dieselbe.

1. Die in Ziffer VI. des Vertrags getroffene Bestimmung verstößt nicht gegen die guten Sitten.

Beklagter erblickt einen solchen Verstoß schon darin, daß eine Konventionalstrafe in der Höhe von 15000 Mk. ausbedungen worden sei, während sein Monatsgehalt nur 200 Mk. betrage. Allein wenn die Hauptverbindlichkeit, deren Erfüllung durch die Konventionalstrafe gesichert werden soll, keine unsittliche ist und auch der durch die Hinzufügung einer Konventionalstrafe erzeugte psychische Zwang den guten Sitten nicht

1) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 13 S. 342.

zuwiderlauft, so kann die vom Belieben des Kontrahenten abhängige, nach Art. 284 des H.G.B. einer Schranke nicht unterliegende Höhe der Strafe keinen Grund abgeben, die Statthaftigkeit der Straffestsetzung zu bemängeln.

Die vom Beklagten übernommene Verpflichtung, kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben 2c., steht aber weder mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit noch mit demjenigen der persönlichen Freiheit in Widerspruch.

Wie das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen ausgesprochen hat [1]), ist eine vertragsmäßige Beschränkung dieser Freiheit nicht unzulässig, und auch Art. 3 Abs. 2 des Ges. vom 21. Juli 1890, betreffend die Gewerbegerichte, geht offenbar hievon aus. Ungültig wäre eine derartige Vertragsbestimmung nur, wenn der Promittent durch dieselbe seinen Willen der Willkür des andern Teils nicht nach einer bestimmten Richtung hin unterworfen, sondern seine ganze physische und geistige Thätigkeit für immer in den Dienst des Andern gestellt hätte. Dies trifft jedoch im vorliegenden Falle nicht zu. Denn die Thätigkeit des Beklagten ist in Ziffer VI. nur für einen bestimmten Gewerbebetrieb und nur innerhalb bestimmter zeitlicher und räumlicher Grenzen beschränkt worden. Es kann deshalb auch nicht angenommen werden, daß Beklagter nicht im Stande wäre, auf andere Weise sein genügendes Auskommen zu finden. Er behauptet zwar, die Dienstsperre würde ihn brotlos machen und seine Existenz vernichten; zur Begründung dieser Behauptung weiß er jedoch mehr nicht anzuführen, als daß er in der Tuchbranche, in der er früher arbeitete, wegen der inzwischen eingetretenen maschinellen Fortschritte eine Anstellung als Krempelmeister nicht finden könnte. Damit wäre aber ein Verdienst als gewöhnlicher Arbeiter auf so lange, bis er sich die für die jetzige Fabrikationsmethode erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten angeeignet, nicht ausgeschlossen, wie denn auch Beklagter keineswegs die Unmöglichkeit einer anderweitigen Ausnützung

1) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 1 S. 22 u. Bd. 2 S. 119.

seiner Arbeitskraft behauptet, sondern nur davon spricht, daß er dieselbe nicht voll verwerten könnte.

2. Die Behauptung des Beklagten, daß er die in Z. VI. des Vertrags bezeichnete Verpflichtung nicht für die der Aufhebung des Dienstverhältnisses, sondern nur für die dem Vertragsabschluß nächstfolgenden 5 Jahre eingegangen habe, wird schon durch den Wortlaut der Vertragsurkunde widerlegt, wonach sich Beklagter verpflichtete, „nach auf irgend welche Weise eingetretener Aufhebung seines Dienstverhältnisses vor Ablauf der nächstfolgenden 5 Jahre“ kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben ꝛc. Damit ist so deutlich wie möglich bestimmt, daß der Lauf der 5 Jahre mit der Aufhebung des Dienstverhältnisses beginnen solle, und es ist nicht dargethan, inwiefern der Beklagte diesen klaren Wortsinn anders verstanden haben sollte. Es ist deshalb auch für die vom Beklagten angerufene Rechtsregel kein Raum, daß im Zweifel für die geringere Verpflichtung und gegen denjenigen zu entscheiden sei, von dem die Fassung der Vertragsbestimmung ausging, und kann es eben darum auch nicht darauf ankommen, ob der Sinn, welchen Beklagter den Worten beigelegt wissen will, seinem Interesse mehr entsprechen würde, als der Sinn, welchen die Worte unzweifelhaft ergeben.

3. Daß der Vertrag in der Folge aufgehoben worden sei, kann aus den vom Beklagten hiefür geltend gemachten Thatsachen nicht gefolgert werden. In I. Instanz versuchte Beklagter dies damit zu begründen, daß ihm nach dem Vertrage ein Vertrauensposten, eine leitende Stellung in der Klägerschen Fabrik übertragen worden sei und daß er auch lange Zeit eine solche Stellung innegehabt habe, indem ihm die Aufsicht der ganzen Fabrik in Hörbranz, insbesondere auch die Verwaltung aller Rohmaterialien übertragen gewesen sei, daß er aber im Jahre 1886 aus dieser seiner Stellung verdrängt und auf die Schererei und Spinnerei beschränkt worden sei. Allein wenn dem auch so gewesen sein sollte, so würde doch hieraus, da Beklagter vom Jahr 1886 an noch 5 Jahre im Dienste der Klägerin verblieb, mehr nicht folgen, als daß derselbe mit der

Veränderung seiner Dienststellung sich stillschweigend einverstanden erklärt habe und daß demgemäß der Vertrag mit dieser Einen Modifikation fortdauerte. Zwar bringt Beklagter hiebei noch vor, die Bestimmung in Ziffer VI. des Vertrags hätte für seine veränderte Dienststellung keinen Sinn mehr gehabt; es ist jedoch nicht abzusehen, inwiefern die Gefahr, daß der Beklagte seine im Geschäfte der Klägerin gesammelten Erfahrungen zu Gunsten eines Konkurrenzgeschäfts verwerte, mit der Veränderung seiner Dienststellung aufgehört haben sollte, zumal da der Thatbestand des angefochtenen Urteils ausdrücklich feststellt, daß es dem Beklagten auch, so lange er die Schererei und Spinnerei unter sich hatte, möglich war, die von der Klägerin benützten, ihrem Fabrikationsbetrieb eigentümlichen Maschinen kennen zu lernen und die Fabrikationsweise und die Fabrikationsgeheimnisse sich anzueignen. Wenn aber Beklagter in dieser Instanz geltend macht, es sei der schriftliche Vertrag vom Jahre 1882 im Jahre 1888 durch ein neues mündliches, den Gehalt des Beklagten auf 200 Mk. erhöhendes Abkommen ersetzt worden, so war eine Aenderung des Vertrags bezüglich der Höhe des Gehalts noch viel weniger, als eine solche bezüglich der Dienststellung des Beklagten, geeignet, auf die Fortdauer der übrigen Vertragsbestimmungen einen Einfluß zu äußern.

IV. Bestand sonach der Vertrag vom 17. Februar 1882 mit der darin unter Ziffer VI. getroffenen Bestimmung beim Austritte des Beklagten aus dem Dienst der Klägerin noch zu Recht, so fragt es sich, ob Beklagter jener Bestimmung zuwider gehandelt habe.

Klägerin findet ein solches Zuwiderhandeln einmal darin, daß Beklagter im Mai 1891 mit der Aktiengesellschaft der Oesterreichischen Filzfabriken Unterhandlungen gepflogen und ihr Mitteilungen über die Klägersche Fabrikationsweise gemacht habe; sodann darin, daß Beklagter im Juni 1891 in die Dienste jener Gesellschaft zu Brünn getreten sei.

Ersteres Handeln würde eine Verfehlung gegen die Vorschrift der Ziffer VI. nicht enthalten, da diese sich nur auf die

Zeit nach der Aufhebung des Dienstverhältnisses bezieht, und vermöchte daher nur einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen; dagegen stellt der Diensteintritt des Beklagten in Brünn eine unter die Z. VI. fallende Zuwiderhandlung dar.

Die Klägerin hat eine Zweigniederlassung in Wien und eine Fabrik in Hörbranz; ihr Absatzgebiet erstreckt sich daher auch auf Oesterreich, und da nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten, wonach die Klägerin den Oesterreichischen Filzfabriken Konkurrenz macht, beide Gesellschaften dieselben Artikel fabrizieren und vertreiben, so steht außer Zweifel, daß die Gesellschaft der Oesterreichischen Filzfabriken ein Geschäft ist, welches innerhalb des Absatzgebietes der Klägerin Maschinenfilze fabriziert und vertreibt.

Die bloße Thatsache, daß der Beklagte in dieses Geschäft eintrat, genügt jedoch nicht, wie Klägerin glaubt, zur Begründung ihres Anspruchs.

Die Worte des Vertrags: „nach auf irgend welche Weise eingetretener Aufhebung seines Dienstverhältnisses", berechtigen nicht zu der Annahme, daß die vom Beklagten übernommene Verpflichtung auch dann Platz greifen solle, wenn Klägerin das Dienstverhältnis willkürlich löste oder dem Beklagten gerechten Grund gab, seinerseits dasselbe aufzulösen. Es sind vielmehr Stipulationen des vorliegenden Inhalts für die Regel und im Zweifel nur auf den Fall zu beziehen, wenn der Arbeiter seine Stellung freiwillig und ohne daß ihm dazu seitens seines Dienstherrn gerechter Anlaß gegeben ist, aufgiebt, oder wenn er durch sein Verhalten dem Dienstherrn gerechten Grund zur Aufhebung des Dienstverhältnisses gegeben hat[1]). Daß die Parteien im vorliegenden Falle beabsichtigt hätten, die Verpflichtung des Beklagten in einem weiteren Umfange eintreten zu lassen, ist nicht angezeigt, und nachdem in Ziffer IV. des Vertrags die Aufhebung des Dienstverhältnisses durch Kündigung, in Ziffer V. dessen Aufhebung durch berechtigte Entlassung seitens der Dienstherrschaft geregelt worden ist, lassen

1) S. Entscheid. d. R.G. Bd. 20 S. 107.

die in der unmittelbar folgenden Ziffer VI. gebrauchten, allgemein lautenden Worte: „nach auf irgend welche Weise eingetretener Aufhebung“ auch die Auslegung zu, daß hiemit eben die beiden vorhin erwähnten Fälle bezeichnet werden wollten. Hatte es die Klägerin auf eine so rigorose, den Beklagten lediglich ihrer Willkür preisgebende Bestimmung abgesehen, so wäre es ihre Sache gewesen, für eine klare, jeden Zweifel ausschließende Fassung des Vertrags Sorge zu tragen, und da dies nicht geschah, so ist der milderen, dem Beklagten günstigeren Auslegung der Vorzug zu geben.

V. Demgemäß ist die Art und der Grund der Auflösung des Dienstverhältnisses von Erheblichkeit.

1. Beklagter hat am 15. April 1891 auf den 15. Juli desselben Jahres der Klägerin gekündigt. Es ist jedoch das zwischen den Parteien bestandene Dienstverhältnis, wie Beklagter selbst auch annimmt, nicht durch diese Kündigung zur Lösung gelangt, sondern durch den vor Ablauf der Kündigungsfrist am 30. Mai 1891 dazwischen gekommenen Austritt des Beklagten, sofern letztere Thatsache den Eintritt der Wirkungen ausschloß, welche die Kündigung hätte zur Folge haben müssen.

Es bedarf deshalb einer Untersuchung darüber nicht, ob, was Beklagter in I. Instanz auszuführen versuchte, die Kündigung aus Gründen erfolgte, welche geeignet waren, ihn von der Einhaltung der Vorschrift der Ziffer IV. zu entbinden.

2. Bezüglich der am 30. Mai erfolgten thatsächlichen Aufhebung des Dienstverhältnisses behauptet Klägerin, daß Beklagter den Dienst verlassen habe, während Beklagter dies mit der Behauptung in Abrede stellt, er sei von der Klägerin aus dem Dienste entlassen worden, und eventuell geltend macht, Klägerin hätte ihm gerechten Grund zum Verlassen des Dienstes gegeben, wogegen letztere dies, sowie die Entlassung des Beklagten leugnet und ihrerseits behauptet, daß sie nach dessen Verhalten zur Entlassung berechtigt gewesen wäre.

Wie der Thatbestand des angefochtenen Urteils als unbestritten feststellt, hat der Beklagte am 30. Mai infolge eines Auftritts mit dem Vorstand der Klägerschen Gesellschaft, Direk-

tor Adolph Glatz, seine Stelle verlassen, am folgenden Tage sich nach Brünn begeben und ist daselbst demnächst bei der Aktiengesellschaft der Oesterreichischen Filzfabriken in Dienste getreten.

Beklagter will dies gethan haben, weil er von der Klägerin entlassen worden sei; ein Beweis hiefür liegt jedoch nicht vor. Dies wird des Näheren ausgeführt und sodann fortgefahren: Hienach kann nicht angenommen werden, daß Beklagter von der Klägerin entlassen wurde, und stellt sich daher seine Entfernung aus dem Dienste der Klägerin als ein Verlassen desselben dar.

3. Was die Berechtigung des Beklagten betrifft, den Dienst der Klägerin ohne Kündigung bezw. vor Ablauf der Kündigungsfrist zu verlassen, so sind hiefür die Bestimmungen der Gewerbeordnung in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juli 1883 maßgebend, welche bezüglich des von den Parteien in Ziffer V. des Vertrags in Bezug genommenen § 123, sowie des zunächst in Betracht kommenden § 124 mit der Fassung des zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden Gesetzes vom 17. Juli 1878 übereinstimmen.

Nach der ebenfalls gleichlautenden Ueberschrift des Titels VII. der angeführten beiden Gesetze: „Gewerbliche Arbeiter (Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter)", sowie nach der Ueberschrift von Abschnitt 2 dieses Titels: „Verhältnisse der Gesellen und Gehülfen" könnte es zwar zweifelhaft erscheinen, ob die diesfälligen Vorschriften auf den Beklagten als Krempelmeister Anwendung finden, sofern die Stellung eines solchen mehr diejenige eines Werkmeisters oder Betriebsbeamten zu sein scheint, für welche nunmehr in § 133a ff. der seit dem 1. April 1892 in Kraft getretenen Gewerbeordnung vom 1. Juni 1891 besondere Bestimmungen getroffen sind. Dieser Zweifel erledigt sich aber dadurch, daß die Parteien in Z. V. des Vertrags ausdrücklich bestimmten, es solle die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses in den in § 123 der deutschen Gewerbeordnung aufgeführten und diesen gleich zu achtenden Fällen zulässig sein. Die Parteien haben hiemit die Anwend-

barkeit dieses Paragraphs auf den Beklagten vertragsmäßig vereinbart, und wenn demgemäß Beklagter bezüglich der Dienstentlassung den für die Gehülfen geltenden Normen unterstehen sollte, so ist anzunehmen, daß die Parteien den Beklagten auch für den umgekehrten Fall des Verlassens des Dienstes als Gehülfen angesehen wissen wollten.

Zur Rechtfertigung seines ohne Einhaltung der Kündigungsfrist geschehenen Dienstaustritts hat der hiefür beweispflichtige Beklagte neben Verletzung des Briefgeheimnisses und Beleidigungen, welche ihm bei dem Austritt vom 30. Mai 1891 durch den Direktor Glatz widerfahren sein sollen, nunmehr eine Reihe von Vorkommnissen mit dem Fabrikdirektor Laubscher und dessen Angehörigen geltend gemacht, welche er in I. Instanz angeführt hatte, um seine Kündigung zu motivieren.

Es wird nun im einzelnen dargelegt, daß die angeführten Gründe den Beklagten zum Dienstaustritte nicht berechtigten; sodann heißt es weiter:

VI. Hiernach hat Beklagter der in Ziffer VI. des Vertrags übernommenen Verpflichtung entgegen gehandelt und demgemäß die für diesen Fall festgesetzte Konventionalstrafe von 15 000 Mk. verwirkt.

Dagegen konnte der kumulative Anspruch der Klägerin auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Konventionalstrafe und zum Austritte aus dem Dienste der Oesterreichischen Filzfabriken nicht für begründet erachtet werden.

Wird für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine Konventionalstrafe festgesetzt, so kann dies in dem Sinne geschehen, daß neben der Strafe die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit solle gefordert werden dürfen; sodann in dem Sinne, daß der Gläubiger alternativ nach seiner Wahl entweder die Strafe oder Erfüllung fordern dürfe; endlich aber auch so, daß der Gläubiger nur zur Forderung der Strafe berechtigt sein solle, in welchem Falle dann der Schuldner durch Bezahlung der letzteren von der Hauptverbindlichkeit sich befreien kann.

Ob die Konventionalstrafe die eine oder andere Bedeutung

haben solle, hängt von dem Willen der Kontrahenten ab. Als Regel gilt hiebei, daß, wenn aus dem Inhalte des Vertrags sich nicht ein entgegengesetzter Wille der Kontrahenten entnehmen läßt, der Gläubiger nur entweder Erfüllung der Hauptverbindlichkeit oder die Bezahlung der Konventionalstrafe verlangen darf, indem davon ausgegangen wird, daß die Konventionalstrafe regelmäßig als ein auf die Bestärkung des Hauptvertrags gerichteter Nebenvertrag anzusehen sei, zugleich aber den Zweck habe, in der vereinbarten Strafleistung ein Surrogat für die Erfüllung des Hauptvertrags im voraus festzusetzen [1]).

Im vorliegenden Falle enthält nun der Vertrag vom 17. Februar 1882 keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß der Gläubiger im Falle der Verletzung der Ziffer VI. die Bezahlung der Konventionalstrafe und daneben die Erfüllung des Vertrags solle verlangen dürfen. Vielmehr wäre dieser kumulative Anspruch geradezu unmöglich bezüglich der Bestimmung, daß Beklagter über die Fabrikationsweise niemanden Mitteilung machen dürfe; denn wenn eine solche Mitteilung einmal erfolgt wäre, könnte sie nicht mehr rückgängig gemacht werden. Es sind aber im Ziffer VI. alle dort aufgeführten Fälle einander gleichgestellt und es ist für alle gleichmäßig bestimmt, daß Beklagter „für jede Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift" sich einer Konventionalstrafe von 15000 Mk. unterwerfe. Wenn dann im unmittelbaren Anschluß hieran weiter bestimmt ist: neben dieser Strafe bleibe der Gesellschaft der Anspruch auf Ersatz des ihr durch vertragswidriges Verhalten des Zapp zugegangenen Schadens vorbehalten, so ergiebt diese Bestimmung zwar, daß die Kontrahenten die Konventionalstrafe nicht in dem Sinne aufgefaßt haben, daß mit ihrer Bezahlung die Verpflichtung des Schuldners schlechthin erledigt sein solle; dagegen läßt sich hieraus nicht folgern, daß nach der Absicht der Kontrahenten der Gläubiger neben der Konventio-

1) Vgl. Windscheid's Pandekten § 285 Note 13—18, Sintenis, Civilrecht § 88 Bd. II. S. 112—118 u. insbes. Note 20, Savigny's Obligationenrecht Bd. 2 S. 276 u. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 16 S. 163.

nalstrafe noch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit solle verlangen dürfen. Denn von dieser ist im ganzen Vertrage nirgends die Rede, und sie wäre auch, wie schon bemerkt, nicht in allen Fällen einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift der Ziffer VI. möglich. Bei dieser Sachlage nötigt die Höhe der Konventionalstrafe, sowie die Ausdrucksweise des Vertrags: „für jede Zuwiderhandlung" zu der Annahme, daß durch die Konventionalstrafe nicht bloß die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gesichert, sondern zugleich das Interesse der Klägerin an der Einhaltung der Vorschriften der Ziffer VI. festgesetzt werden sollte, wobei dann der Anspruch auf einen etwaigen höheren Schaden vorbehalten wurde.

Hiernach ist die Bestimmung der Ziffer VI. im Zweifel zu Gunsten des Beklagten dahin auszulegen, daß Klägerin nicht zugleich die Konventionalstrafe und die Vertragserfüllung fordern dürfe, und nachdem Klägerin sich für den Fall bloß alternativer Berechtigung dahin entschieden hat, daß sie in erster Linie die Konventionalstrafe fordere, war auf die vom Beklagten erhobene Berufung unter Abänderung der Ziffer II. der unterrichterlichen Entscheidung der Anspruch der Klägerin auf Verurteilung des Beklagten zum Dienstaustritte abzuweisen, während bezüglich der Verpflichtung desselben zur Bezahlung der Konventionalstrafe seine Berufung als unbegründet erscheint und deshalb zurückzuweisen war.

Entscheidung des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 20. Oktober 1892 in Sachen des Krempelmeisters E. Z. zu B., Bekl., Berufungskl., gegen die Aktiengesellschaft Vereinigte Filzfabriken G. zu G., Klin, Berufungsbekl., wegen Konventionalstrafe und Vertragserfüllung.

Die vom Beklagten gegen diese Entscheidung eingelegte Revision wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 13. März 1893 zurückgewiesen.

51.

Anspruch des zum Erben eingesetzten, mit einem Erbschafts-vermächtnis belasteten noterbberechtigten Enkels auf Abzug des Pflichtteils und der trebellianischen Quart. Verbot des Abzugs der Quart. Verzicht auf den Abzug des Pflichtteils und der Quart. Sozinische Kautel. Einrechnung des Vorempfangs der Tochter des Erblassers auf künftige väterliche Erbschaft und einer von dem letzteren der ersteren gemachten Schenkung in den Pflichtteil des Sohnes dieser Tochter.

Der am 19. Juli 1887 verstorbene vormalige Schultheiß Joseph Maier von Emelhofen war zweimal verheiratet, erstmals mit Crescentia Bernhard, welche im Jahre 1858 starb, sodann mit deren Schwester Theresia Bernhard. Die zweite Ehe blieb kinderlos, während Maier aus seiner ersten Ehe zwei Kinder hatte, einen schon im Februar 1877 mit Tod abgegangenen Sohn und eine Tochter Rosalie. Diese heiratete im Februar 1877 den Gutsbesitzer Dominikus Sorg, den jetzigen Beklagten. Durch Vertrag vom $\frac{\text{11. Mai}}{\text{12. Septbr.}}$ 1877, betitelt Guts- und Vermögensübergabe, übergaben Schultheiß Maier und seine zweite Ehefrau, welche zuvor nach Kißlegg in das von ihnen daselbst erbaute Haus gezogen waren, ihr gesamtes seither in ihrem Besitz und Eigentum befindlich gewesenes Hofgut zu Emelhofen mit der gesamten Fahrniseinrichtung, Vieh und Vorräten der Tochter Rosalie Sorg als wahres Eigentum mit vollem Nutzen um die vom Vater bestimmte Anschlagssumme von 18 000 Mk. An dieser Uebernahmssumme durfte die Tochter abrechnen ihr sogenanntes hinterfälliges, seither in Verwaltung und Nutznießung des Vaters gestandenes Vermögen im Betrage von 5010 Mk. Die restliche Gutsübernahmssumme im Betrage von 12 990 Mk., wurde weiter bestimmt, dürfe die Tochter Rosalie als Vorempfang auf künftige väterliche Erbschaft („womit sie selbstverständlich nicht ausgelöst sein soll") ebenfalls abrechnen, so daß die Tochter einen

Gesamtvermögensempfang von 18 000 Mk., bestehend in Hofgut mit Fahrnis, ohne alle und jede Schuldübernahme erhalte.

Am 26. April 1879 starb die Rosalie Sorg, ihre gesetzlichen Erben waren ihr Ehemann und ihr einziges in der Ehe geborenes Kind, ein am 31. Oktober 1878 geborener Sohn Joseph Sorg. An Stelle einer Teilung schlossen Dominikus Sorg und sein Sohn Joseph, für letzteren dessen Vormund (im Juni 1879) einen Erbabfertigungsvertrag ab. Hierbei wurde als Weibsbeibringen (der Rosalie Sorg) bezeichnet das durch elterliche Vermögensübergabe erhaltene Hofgut im Anschlag von 18 000 Mk., und in dem über den Erbabfertigungsvertrag aufgenommenen Instrumente findet sich die Bemerkung, dieses Hofgut samt Fahrnis habe nach der Ansicht des Waisengerichtes immerhin einen Wert von 30 000 Mk. Als Erbteil des Kindes Josef Sorg wurde der Betrag von 11 715 1/3 Mk. gerechnet, welchen der Vater Dominikus Sorg freiwillig auf 12 000 Mk. erhöhte.

Am 24. August 1886 errichtete Schultheiß Maier in Gemeinschaft mit seiner (zweiten) Ehefrau ein Testament. In diesem ist Eingangs gesagt: „Zu dieser letztwilligen Verfügung finden wir uns hauptsächlich durch den Umstand veranlaßt, daß die einzige Tochter, Rosalie, gewesene Ehefrau des Dominikus Sorg, mit Hinterlassung eines am 31. Oktbr. 1878 geborenen Kindes, Joseph Sorg, gestorben ist, daß diese Tochter bei ihrer Verheiratung ein so ansehnliches Vermögen zu Heiratgut erhalten hat, daß sie hierdurch nicht bloß um ihre Muttergutsansprüche, sondern jedenfalls auch noch um den Pflichtteilsanspruch an mich, den Vater, abgefertigt ist, sowie aus dem weiteren Grunde, weil unsere Ehe kinderlos ist und auch so bleiben wird." In Ziffer I. setzt dann der Ehemann Joseph Maier zu Erben seiner Verlassenschaft ein — seine Ehefrau auf die Fahrnis im Werte von 1500 Mk. und ein Kapital von 5142 Mk. 85 Pf., seinen Enkel Joseph Sorg auf den gesamten weiteren Nachlaß, und verfügte weiter, dieser Erbteil des Enkels solle öffentlich pflegschaftlich verwaltet, die Erträgnisse, soweit sie nicht zum Unterhalt des Enkels zu ver-

wenden, zum Grundstock geschlagen werden, und die Ausfolge des Erbteiles an den Enkel dürfe erst erfolgen, wenn er durch Verheiratung einen eigenen Hausstand gegründet haben werde. Wenn der Enkel sich hiergegen auflehne, soll er zur Strafe hierfür auf den landrechtlichen Pflichtteil eingesetzt sein und in diesen sein und seiner Mutter Vorempfang eingerechnet werden, der Pflichtteilsabfall aber den zu dieser Zeit vorhandenen erbberechtigten Seitenverwandten des Testators zufallen. Für den Fall, daß die Frau des Testators vor diesem sterbe, solle der Enkel auch an ihrer Stelle, jedoch unter denselben Beschränkungen erbberechtigt sein. In Ziffer II. des Testaments ist sodann von Maier bestimmt: Stirbt mein Enkel vor mir oder nach mir, ohne sich verheiratet zu haben, so treten an seine Stelle: 1) mein Bruder Johann Georg Maier in Eglofs, 2) mein Neffe Joseph Anton Maier daselbst, 3) mein Neffe Martin Maier in Siggen, 4) mein Neffe Peter Paul Maier von Eisenharz, 5) mein Neffe Joseph Maier in Eglofs, 6) mein Neffe Johann Georg Maier, Laienbruder in Amerika, 7) meine Nichte Crescentia Maier in Eglofs. Stürbe einer dieser Erben vor mir, so tritt seine erbberechtigte Deszendenz und in deren Ermangelung die übrigen dieser Erben nach Stammteilen an seine Stelle. In Ziffer III. verfügte Maier für den Fall, wenn sein Enkel vor ihm sterbe und seine, Maier's, Frau noch am Leben sei, daß letztere „vor den Substituierten" seines Enkels außer dem ihr in Ziffer I. Zugewendeten noch weiter erblich erhalten solle den ersten Stock des Hauses in Kißlegg nebst Fahrnis, während der übrige Teil dieses Hauses „seinen übrigen eingesetzten respektive substituierten Erben" zufalle. In Ziffer IV. ist den Kindern zweiter Ehe des Dominikus Sorg ein Legat ausgeworfen mit der Bestimmung, daß dasselbe der elterlichen Nutznießung und Verwaltung entzogen werde und pflegschaftlich zu verwalten sei. In Ziffer IX. erklären die testierenden Eheleute, dieser ihr letzter Wille solle auf jede mögliche Weise erhalten und vollzogen werden.

Bei den Teilungsverhandlungen über den Nachlaß des

Schultheißen Maier erklärte der Pfleger des Enkels Joseph Sorg nach Eröffnung des Testamentes und Feststellung des Nachlasses den unbedingten Erbschaftsantritt namens seines Mündels und bat um Ueberweisung des ganzen Nachlasses nach Ausscheidung des Anteiles der Witwe Maier, während Dominikus Sorg erklärte, daß er alle seine und seines Sohnes Rechte gewahrt und keinerlei Anerkenntnis oder Verzicht ausgesprochen haben wolle.

Am 30. Mai 1891 starb sodann der Enkel Joseph Sorg im dreizehnten Lebensjahre. Bei der Teilungsverhandlung über den von der Erbschaft des Großvaters Maier herrührenden Nachlaß erklärte Dominikus Sorg, er trete die Erbschaft seines Sohnes unbedingt an, anerkenne die Verpflichtung (auf Grund der Ziffer II. des Testaments), den großväterlichen Nachlaß den daselbst bezeichneten Seitenverwandten des Schultheißen Maier herauszugeben, ziehe aber zunächst den Pflichtteil (seines Sohnes Joseph) und an dem Reste die trebellianische Quart ab; bezüglich der Pflichtteilsberechnung bestreite er die Pflicht zur Einwerfung des Heiratsgutes der Mutter des Joseph Sorg. Hiergegen bestritten jene Seitenverwandten des Maier die Berechtigung des Dominikus Sorg, an der herauszugebenden Erbschaft irgend welchen Abzug zu machen. Mit der von ihnen demnächst gegen Dominikus Sorg erhobenen Klage beantragten sie, zu erkennen, daß derselbe nicht berechtigt sei, bezüglich der seinem Sohne Joseph zugefallenen großväterlichen Erbschaft den Pflichtteil und der trebellianische Quart für sich in Anspruch zu nehmen, vielmehr die ganze Erbschaft ungeschmälert an sie herauszugeben habe, eventuell, der Beklagte habe sich in den Pflichtteil des Joseph Sorg den Betrag des Vorempfangs der Rosalie Sorg mit 12990 Mk. einrechnen zu lassen. Durch das Urteil erster Instanz wurden Kläger mit dem Prinzipalantrage abgewiesen, Beklagter aber verurteilt, sich in den erwähnten Pflichtteil die bezeichneten 12990 Mk. einrechnen zu lassen.

Hiergegen legten die Kläger Berufung ein und beantragten in erster Linie, ihrem in erster Instanz gestellten

Prinzipalantrage zu entsprechen, in zweiter Linie, den Beklagten für verpflichtet zu erklären, sich auf die trebellianische Quart aus der seinem verstorbenen Sohne Joseph zugefallenen großväterlichen Erbschaft und auf den diesem aus derselben zukommenden Pflichtteil den Betrag von 12990 Mk. und in den Pflichtteil weiter den Betrag von 12000 Mk., d. h. die Differenz zwischen dem bei der Vermögensübergabe vom 11. Mai / 12. September 1877 festgestellten Werte des von dem verstorbenen Maier an seine Tochter Rosalie übergebenen Anwesens (18000 M.) und dem angeblichen wirklichen Werte (30000 Mk.), einrechnen zu lassen. Der Beklagte hat, indem er sich der Berufung anschloß, die Klage ganz abzuweisen, eventuell die Verurteilung des Beklagten dahin abzuändern, daß dieser sich in den Pflichtteil unter Hinzurechnung von 12990 Mk. zu der großväterlichen Erbschaft diesen Betrag einrechnen zu lassen habe. Mit letzterem Antrage bezweckte Beklagter lediglich die Feststellung, daß behufs Berechnung des Pflichtteiles zum großväterlichen Nachlaß der Betrag des Vorempfangs der Rosalie Sorg (12990 Mk.) hinzuzurechnen sei. Die Kläger anerkannten auch, daß, falls der Beklagte den Pflichtteil des Joseph Sorg abzuziehen berechtigt sei, dieser Pflichtteil aus der großväterlichen Erbschaft mit Einschluß der 12990 Mk. berechnet werden müsse.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Kläger und die Anschließung des Beklagten mit der Maßgabe zurück, daß der Beklagte sich in den fraglichen Pflichtteil, welcher aus dem Nachlasse des Schultheißen Maier mit Einschluß des Vorempfanges der Mutter des Joseph Sorg von 12990 Mk. zu berechnen sei, letzteren Betrag einrechnen zu lassen habe. Der Anspruch der Kläger, daß der Beklagte sich auch in die trebellianische Quart diesen Vorempfang, sowie in den Pflichtteil den weiteren Betrag von 12000 Mk. einrechnen lassen müsse, wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Der gewesene Schultheiß Joseph Maier von Emelhofen, welcher am 19. Juli 1887 gestorben ist, hat in seinem

Testament vom 24. August 1886 den Sohn seiner verstorbenen einzigen, an den Beklagten verheiratet gewesenen Tochter, den am 31. Oktober 1878 geborenen Joseph Sorg mit der Bestimmung zum Erben eingesetzt, daß, wenn derselbe vor oder nach ihm unverheiratet sterbe, an dessen Stelle die Kläger, nämlich ein Bruder und die Geschwisterkinder des Erblassers, treten. Vorstehende Bestimmung enthält nach ihrem Wortlaut eine Substitution der Kläger, wie denn auch die letztern in der Z. III. des Testaments als Substituierte des Enkels Joseph Sorg, bezw. als substituierte Erben bezeichnet werden. Diese Substitution ist, da die Kläger dem unmündigen Enkel als Erben nachgesetzt worden sind, nach L.R. III, 12 § 4 letzter Satz im Zweifelsfall als sogenannte stillschweigende Pupillarsubstitution anzusehen. Zur Anordnung einer Pupillarsubstitution sind nämlich nach L.R. a. a. O. § 7 auch die Ascendenten mütterlicher Linie des unmündigen Kinds befugt, übrigens mit der Beschränkung, daß der Vater des letztern durch eine solche Pupillarsubstitution von der gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß seines Kinds nicht ausgeschlossen werden darf. Da nun Joseph Sorg, nachdem er die Erbschaft seines Großvaters Maier angetreten hat, zwar in der Unmündigkeit gestorben, aber sein einziger Intestaterbe dessen Vater gewesen ist, so ist die Pupillarsubstitution unwirksam geworden. Es hat jedoch der Erblasser Joseph Maier in seinem Testament angeordnet, daß dasselbe auf jede mögliche Weise erhalten und vollzogen werden solle, weshalb anzunehmen ist, daß der Wille jenes Erblassers dahin gegangen ist, daß auch die Substitution der Kläger in derjenigen Form, in welcher solches nach dem Gesetz zulässig ist, aufrecht erhalten werden solle. Diese Form besteht aber in der sogenannten fideikommissarischen Substitution, wonach also dem eingesetzten Erben Joseph Sorg als vom Erblasser aufgetragen anzunehmen ist, daß derselbe in dem im Testament bezeichneten Fall die Erbschaft seines Großvaters an die Kläger als Erbschaftsvermächtnis herauszugeben habe [1]).

1) Württ. Archiv XI, 252.

Darüber, daß letzteres zu geschehen habe, nachdem Joseph Sorg unverheiratet gestorben ist, sind nun auch beide Parteien einig. Dagegen besteht Streit darüber, ob, wie die Kläger verlangen, das fragliche Erbschaftsvermächtnis vom Beklagten als Erben seines Sohnes Joseph Sorg ohne Abzug des Pflichtteils und der trebellianischen Quart an die Kläger herauszugeben sei, und eventuell, wenn dieser Abzug gestattet sein sollte, ob der Beklagte sich in die Quart und den Pflichtteil den Vorempfang der Mutter des Joseph Sorg auf künftige väterliche Erbschaft im Betrage von 12 990 Mk. und in den Pflichtteil weiter den Unterschied zwischen dem angeblichen wahren Wert des jener Mutter von deren Vater übergebenen Anwesens von 30 000 Mk. und dem Anschlagwert desselben von 18 000 Mk., somit den Betrag von 12 000 Mk. einrechnen zu lassen habe.

2. Nach L.R. III, 13 §§ 3, 5 und 6 sind Kinder, welche bezüglich der ihnen von den Eltern hinterlassenen Erbschaft mit einem bedingten oder betagten Vermächtnis zu Gunsten von andern Personen, als Descendenten des Erblassers, beschwert sind, berechtigt, zuvörderst den Pflichtteil von der Erbschaft **und** von dem Rest derselben die trebellianische Quart abzuziehen. Daß nun in dem zit. § 3 unter den beschwerten „Kindern" nicht bloß die Kinder ersten Grads, sondern überhaupt die noterbberechtigten Descendenten des Erblassers verstanden werden, ergiebt sich aus L.R. a. a. O. § 14, sofern hier bestimmt ist, daß, wenn der Erblasser den mit einem Erbschaftsvermächtnis beschwerten „Kindskindern" den Abzug der trebellianischen Quart verbiete, diese zwar keinen Anspruch auf die letztere, wohl aber auf den ihnen gebührenden Pflichtteil haben. Denn hieraus muß gefolgert werden, daß die noterbberechtigten Kindskinder, wenn ihnen der Quartabzug nicht verboten wird, die Quart und den Pflichtteil abziehen dürfen. Von dieser weitern Auffassung des Begriffs Kinder in dem zit. § 3 gehen auch die württ. Schriftsteller und die Praxis des vormaligen Obertribunals aus [1]).

---

1) Griesinger, Komm. VI., 366; Reinhard, Komm. III. § 149

Da nun im vorliegenden Fall das Erbschaftsvermächtnis, mit welchem Joseph Sorg beschwert ist, für den Fall des unverheirateten Absterbens desselben auferlegt, somit an eine Bedingung geknüpft ist, und da die Vermächtnisnehmer keine Descendenten des Erblassers sind, so hat Joseph Sorg neben dem mit dem Antritt der Erbschaft seines Großvaters Joseph Maier erworbenen Recht auf die unbeschwerte Hinterlassung seines Pflichtteils auch das Recht auf den Abzug der Quart bei der Herausgabe des Erbschaftsvermächtnisses. Diese beiden Vermögensrechte sind nun aber auch, da ihrer Vererbung ein gesetzliches Hindernis nicht entgegensteht, auf den Beklagten als Erben seines Sohnes Joseph übergegangen.

Ohne Grund wird von den Klägern behauptet, daß die angeführte Bestimmung des L.R. über den Abzug des Pflichtteils und der Quart nicht Anwendung finde, wenn eine Pupillarsubstitution infolge der Beifügung der Kodizillarklausel als fideikommissarische Substitution aufrecht erhalten werde. Denn das Gesetz gestattet jenen Abzug schlechthin, ohne den eben erwähnten Fall auszunehmen, den noterbberechtigten Descendenten bei der Herausgabe eines bedingten oder betagten Erbschaftsvermächtnisses, wie z. B. nach L.R. III., 20 § 13 dem noterbberechtigten Descendenten, wenn im Falle der Ungültigkeit eines mit der Kodizillarklausel versehenen Testaments die Erbeinsetzung als Erbschaftsvermächtnis zu Gunsten der eingesetzten Erben aufrecht erhalten wird, gleichfalls das Recht auf den Abzug des Pflichtteils und der trebellianischen Quart zusteht.

3. Von den Klägern wird nun aber behauptet, daß der Erblasser Joseph Maier in seinem Testament dem mit dem Erbschaftsvermächtnis beschwerten Erben Joseph Sorg den Abzug der Quart verboten habe.

Nach L.R. III, 13 § 14 ist der Erblasser berechtigt, den mit einem Erbschaftsvermächtnis beschwerten Kindskindern den Abzug der Quart zu untersagen. Letzteres kann nach der an-

---

Note 1; Römer, württ. Erbrecht § 263; Boscher, Zeitschrift VII., 276; württ. Archiv XVIII., 264 Note 42.

geführten Gesetzesbestimmung entweder mit „austruckenlichen“ oder „gleichwürkenden Worten“ geschehen. Hienach muß, wie sich auch aus der Relation von Eisengrein und den daselbst angeführten Beispielen [1]), sowie aus der Bestimmung des L.R. III, 25 § 6 über das Verbot des Abzugs der salzidischen Quart ergiebt, der Wille des Erblassers, jenen Abzug zu verbieten, in dem Testament unzweideutig zum Ausdruck gebracht werden. Nicht genügend ist es daher, wenn der Erblasser die Herausgabe der Erbschaft an den Vermächtnisnehmer anordnet, ohne des Abzugs der Quart zu erwähnen, da in diesem Falle anzunehmen ist, daß der Erblasser es bei dem den beschwerten Erben gesetzlich zustehenden Recht des Quartabzugs belassen wollte.

Durch die Bestimmung des Testaments, daß, wenn der eingesetzte Erbe Joseph Sorg vor oder nach dem Erblasser unverheiratet sterbe, an die Stelle dieses Erben die Kläger treten sollen, hat nun der Erblasser den Willen, daß im Falle des unverheirateten Absterbens jenes Erben nach dem Erblasser der Eintritt der Kläger an die Stelle des Joseph Sorg mit Ausschluß des Rechts des Fiduziars auf den Quartabzug für den Fall, daß jene testamentarische Bestimmung als fideikommissarische Substitution anzusehen sei, geschehen solle, nicht zum genügenden Ausdruck gebracht. Denn mit dem Wortlaut der angeführten Bestimmung ist es sehr wohl vereinbar, daß es für den oben genannten Fall bei der gesetzlichen Regel des Quartabzugs verbleiben solle.

Wenn sodann der Erblasser in seinem Testament dem Beklagten die Nutznießung und Verwaltung des Erbteils seines Enkels Joseph Sorg und dem Beklagten und der zweiten Ehefrau desselben die Nutznießung und Verwaltung des den Kindern dieser Beiden vermachten Vermögens entzogen hat, so folgt hieraus nur, daß der Erblasser dem Beklagten keinen unmittelbaren Vermögensvorteil aus seiner Erbschaft zukommen lassen, nicht aber daß er demselben einen Vermögensvorteil, welchen der Beklagten etwa mittelbar durch Beerbung seines Sohnes Joseph erlangen würde, entziehen wollte.

1) Landrechtsakten S. 384 f.

Denn wäre letzteres die Absicht des Erblassers gewesen, so hätte er insbesondere für den Fall, daß Joseph Sorg nach dem Erblasser zwar verheiratet, aber kinderlos versterben sollte, in welchem Falle der erstere nach dem Testament des Joseph Maier das von diesem ererbte und mit seiner Verheiratung zur freien Verfügung überlassene Vermögen nicht als Erbschaftsvermächtnis herauszugeben hatte, eine Verfügung treffen müssen, durch welche verhindert worden wäre, daß der Beklagte sei es als Intestaterbe seines Sohnes Joseph oder vermöge letztwilliger Verordnnng desselben etwas von der in dem Nachlaß dieses Sohnes befindlichen Erbschaft des Joseph Maier erhalten hätte. Dies ist aber nicht geschehen. Aus jener Entziehung der Nutznießung und Verwaltung der Erbschaft des Joseph Sorg und des Vermächtnisses der Kinder zweiter Ehe des Beklagten läßt sich daher die Absicht des Erblassers nicht entnehmen, dem Joseph Sorg den Abzug der Quart zu untersagen, damit nicht der Beklagte als Erbe des letztern einen Anspruch hierauf erlange.

Ebensowenig ergiebt sich diese Absicht aus der Bestimmung des Testaments, daß Joseph Sorg auf den Pflichtteil eingeschränkt sein solle, wenn er sich dagegen auflehne, daß ihm mit der erreichten Volljährigkeit sein Erbteil nicht zur Selbstverwaltung ausgefolgt werde, da jene Bestimmung nur für den eben erwähnten Fall getroffen worden ist, und da überdem der Anspruch auf den Abzug der Quart nach der oben angeführten Bestimmung des Landrechts ein selbständiges Recht neben dem Anspruch auf den Pflichtteil ist. Hienach ist nicht erwiesen, daß der Erblasser Joseph Maier in seinem Testament den Quartabzug untersagt hat. Wenn aber die Kläger sich zum Beweis dafür, daß es der Wille dieses Erblassers gewesen sei, die Erbschaft den Klägern ungeschmälert zufallen zu lassen, auf das Zeugnis der Witwe des Joseph Maier und des Gerichtsnotars Verstecher berufen, so ist diesem Beweisantritt keine Folge zu geben, weil jener angebliche Wille im Testament keinen Ausdruck gefunden hat.

4. Weiter wird von den Klägern geltend gemacht, daß

der beschwerte Erbe Joseph Sorg dadurch, daß er die Erbschaft seines Großvaters Joseph Maier auf Grund des Testaments des letzteren angetreten und dieses damit anerkannt habe, auf den Abzug der Quart und des Pflichtteils verzichtet habe, bezw. des Rechts auf diesen Abzug verlustig gegangen sei. Allein da das Testament nach dem Ausgeführten eine Bestimmung über den Abzug der Quart und des Pflichtteils nicht enthält, so kann aus der Anerkennung des Testaments und der in demselben enthaltenen Anordnung des bedingten Erbschaftsvermächtnisses durch jenen Erben mehr nicht gefolgert werden, als daß derselbe seine Verpflichtung, für den Fall des Eintritts der Bedingung das Erbschaftsvermächtnis mit dem ihm nach dem Gesetz zustehenden Abzug des Pflichtteils und der Quart an die Kläger herauszugeben, anerkannt habe.

Zwar behaupten die Kläger, das Testament des Joseph Maier enthalte bezüglich der Beschwerung des Pflichtteils des Joseph Sorg die sogenannte sozinische Kautel, und es habe sich daher der letztere dieser Beschwerung durch die Anerkennung des Testaments unterworfen. Allein solches wäre nur dann richtig, wenn der Erblasser die Herausgabe des Erbschaftsvermächtnisses mit Einschluß des Pflichtteils des Joseph Sorg angeordnet und den letztern für den Fall, daß er diese Anordnung nicht anerkennen würde, auf den Pflichtteil eingeschränkt hätte.

Der Erblasser hat nun aber in seinem Testament nur für den Fall, daß Joseph Sorg sich gegen die Bestimmung desselben, daß seine Volljährigkeit ihm kein Recht zur Selbstverwaltung seines Erbteils gebe, auflehnen sollte, den Joseph Sorg auf den Pflichtteil beschränkt. Aus dieser Anordnung der sozinischen Kautel für einen besondern Fall folgt selbstverständlich nicht, daß der Erblasser dieselbe auch für den oben erwähnten Fall angeordnet habe.

Ein Verzicht des Joseph Sorg, bezw. des Pflegers desselben auf den Abzug des Pflichtteils kann endlich auch nicht darin gefunden werden, daß derselbe beim Antritt der großväterlichen Erbschaft den Anspruch auf den Pflichtteil nicht

geltend gemacht hat. Denn hiezu lag kein Anlaß vor, so lange es ungewiß war, ob die Erbschaft an die Kläger herauszugeben war, da mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Verpflichtung zu dieser Herausgabe der Abzug des Pflichtteils erst in Frage kam.

5. Der Erblasser Joseph Maier hat laut Guts- und Vermögensübergabe vom 11. Mai 1877 seiner damals an den Beklagten verheirateten Tochter Rosalie sein Hofgut um den Anschlag von 18 000 Mk. mit der Bestimmung übergeben, daß diese Tochter hieran den Betrag von 12 990 Mk. als Vorempfang auf künftige väterliche Erbschaft erhalten sollte.

Hienach ist der Wille des Erblassers bei jener Uebergabe dahin gegangen, daß die 12 990 Mk. dereinst als Teil seiner Verlassenschaft behandelt werden sollen, und es ist demgemäß der Pflichtteil des Joseph Sorg aus dieser Verlassenschaft mit Einschluß des Vorempfangs zu berechnen. Dem Anspruch des Beklagten auf Abzug dieses Pflichtteils an dem herauszugebenden Erbschaftsvermächtnis können daher die Kläger als die Vermächtnisnehmer die Einwendung entgegenhalten, daß Joseph Sorg um seinen Pflichtteil bis zum Betrag des aus der Verlassenschaft des Joseph Maier enthaltenen Vorempfangs befriedigt sei, sich diesen in seinen Pflichtteil einrechnen lassen müsse. Daß dies die Absicht des Erblassers Joseph Maier gewesen ist, ergiebt sich auch aus der Bestimmung seines Testaments, daß in den Pflichtteil des Joseph Sorg, auf welchen der letztere für einen gewissen Fall beschränkt worden ist, sein und seiner Mutter Vorempfang eingerechnet werden solle.

6. Der Pflichtteil des Joseph Sorg beträgt nun jedenfalls mehr, als der erwähnte Vorempfang von 12 990 Mk. Der erstere ist nämlich, wovon auch beide Parteien ausgehen, aus dem Nachlaß des Joseph Maier von 47 872.98 Mk. zuzüglich jener 12 990 Mk., somit aus 60 862.98 Mk. zu berechnen und beläuft sich somit auf $^1/_3$ letzterer Summe = 20 287.66 Mk.

Nach L.R. III, 13 § 5 und 6 ist nun der Pflichtteil auf die Zeit des Todes des Erblassers, die trebellianische Quart aber nach dem Zeitpunkt der Herausgabe des Erbschaftsver-

mächtnisses aus dem nach Abzug des Pflichtteils übrigen Vermögen, welches herauszugeben ist, zu berechnen. Es ist daher der Vorempfang zunächst in den Pflichtteil einzurechnen, und es bleibt hienach, da, wie sich aus dem folgenden ergiebt, weiteres in den Pflichtteil nicht einzurechnen ist, von dem Vorempfang nichts mehr übrig, was in die trebellianische Quart eingerechnet werden könnte.

Das Verlangen der Kläger, daß der Vorempfang auch in die Quart eingerechnet werde, ist daher unbegründet.

7. Die Kläger beanspruchen ferner, daß in den Pflichtteil des Joseph Sorg auch der Unterschied zwischen dem angeblich wahren Wert des der Mutter des letztern laut Guts- und Vermögensübergabe des Joseph Maier und seiner Ehefrau vom 11. Mai 1877 überlassenen Anwesens von 30 000 Mk. und dem bei dieser Uebergabe von dem Vater Joseph Maier bestimmten Anschlag von 18 000 Mk., somit der Betrag von 12 000 Mk. eingerechnet werde.

Ob nun diese Einrechnung nicht schon darum ausgeschlossen ist, weil es sich hier um eine dem Pflichtteilsberechtigten von dem Erblasser nicht unmittelbar zugewendete Vergabung handeln würde, kann dahingestellt bleiben. Denn daraus, daß nach jener Vermögensübergabe der Mutter des Joseph Sorg das fragliche Anwesen um den Anschlag von 18 000 Mk. überlassen und hievon nach Abzug des hinterfälligen Vermögens derselben im Betrage von 5010 Mk. nur der Rest von 12 990 Mk. als Vorempfang jener Mutter auf künftige väterliche Erbschaft erklärt wurde, ergiebt sich, daß der Erblasser das fragliche Anwesen, soweit dessen Wert den Anschlag von 18 000 Mk. übersteigen, und soweit der etwaige Mehrwert nicht durch den von der Gutsübernehmerin zu leistenden Leibgeding ausgeglichen sein sollte, seiner Tochter als Geschenk überlassen wollte.

Ein solches Geschenk an ein nicht mehr in väterlicher Gewalt befindliches Kind, wie solches die zur Zeit der Gutsübergabe bereits an den Beklagten verheiratete Tochter des Erblassers Joseph Maier gewesen ist, ist aber nach L.R. III, 23 § 3 nicht in den Pflichtteil einzurechnen. Dasselbe würde

übrigens auch, wenn jene Tochter damals noch in väterlicher Gewalt gestanden wäre, nach L.R. a. a. O. § 2 gelten, da die Vergabung von dem Vater vor seinem Tode nicht widerrufen worden ist. Daß der Erblasser Joseph Maier jenen angeblichen Mehrwert des seiner Tochter übergebenen Anwesens nicht in den Pflichtteil des Enkels Joseph Sorg eingerechnet wissen wollte, ergiebt sich auch aus der angeführten Bestimmung des Testaments, daß in diesen Pflichtteil sein und seiner Mutter Vorempfang, womit nur die 12990 Mk. gemeint sind, einzurechnen sei.

Hienach sind die Kläger nicht berechtigt, die Einrechnung der 12000 Mk. in den Pflichtteil des Joseph Sorg zu verlangen.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Senat vom 31. März 1892 in Sachen Maier und Gen. gegen Sorg.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 20. Oktober 1892 zurückgewiesen.

52.

Bestimmte Angabe des Grunds des erhobenen Anspruchs in der Klagschrift (C.P.O. § 230 Z. 2).

Der Werkmeister F. in A. erhob bei dem Landgericht R. gegen die Witwe K. in A. Klage mit dem Antrage, zu erkennen, daß die Beklagte an den Kläger 1763 Mk. 65 Pf. nebst 5 % Zinsen vom 1. März 1892 ab zu bezahlen und die Kosten des Rechtsstreites, einschließlich derjenigen des Mahnverfahrens, zu tragen habe. In der der Beklagten zugestellten Klagschrift ist zur Begründung des Antrags vorgetragen: Die Beklagte schulde dem Kläger für im Jahr 1889 ausgeführte Bauarbeiten gemäß der als Anlage der Klagschrift beigeschlossenen Aufstellung den Restbetrag von 1763 Mk. 65 Pf. Spezifizierte Rechnungen seien der Beklagten mitgeteilt worden. Der Betrag sei spätestens bis 1. März 1892 zu bezahlen gewesen. Da die Beklagte im Verzug geblieben, habe Kläger gegen sie unterm 8. April 1892 einen Zahlungsbefehl erwirkt,

gegen welchen indes Widerspruch erhoben worden sei. Die Klagbeilage „Mitteilung von Karl F., Werkmeister und Wasserbautechniker, A. 13. Februar 1892“ trägt unter dem Soll der Frau Witwe K. vor:

1891. Dezember 15.	An meine Baurechnung	
	3843 Mk. 74 Pf.	
19. do.	39 „ 91 „	
	3883 Mk. 65 Pf.	

unter Haben 4 Zahlungen der K. vom 29. März, 24. April, 24. Juni und 27. August 1889 mit 1000, 400, 120, 600 Mk., und berechnet schließlich einen Saldo zu Gunsten Klägers pr. 31. Dezember 1891 mit 1763 Mk. 65 Pf. Unterschrieben ist die Aufstellung von „Karl F., Werkmeister, Baugeschäft A.“

In der mündlichen Verhandlung trug der Vertreter des Klägers den Klagantrag und die Begründung in Uebereinstimmung mit der Klagschrift und deren Beilage vor. Beklagte gab zu, daß Kläger im Jahre 1889 für die Beklagte Bauarbeiten ausgeführt und derselben darüber spezifizierte Rechnungen zugefertigt habe, sowie daß sie ihre Schuld für die Bauarbeiten spätestens bis zum 1. März 1892 zu zahlen gehabt hätte, auch dem Kläger Zahlungen zusammen im Betrage von 2120 Mk. darauf geleistet habe. Dagegen bestritt die Beklagte, daß ihre Gesamtschuld sich auf 3883 Mk. 65 Pf. belaufe und sie dem Kläger für jene Arbeiten noch restliche 1763 Mk. 65 Pf. schulde. Im übrigen begründete sie den Antrag auf Klagabweisung damit, daß die Klagschrift nicht, wie in § 230 Abs. 2 Nr. 2 der C.P.O. vorgeschrieben, die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs enthalte. Das Landgericht erachtete diesen Einwand für begründet und wies deshalb ohne weitere Verhandlung zur Sache die Klage ab. Auf Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts und das Verfahren dieses Gerichts aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

„Nach § 230 Z. 2 der C.P.O. muß der Schriftsatz, mittelst

dessen Zustellung die Klage zu erheben ist, unter anderem die bestimmte Angabe des Grunds des erhobenen Anspruchs enthalten. Fehlt eine solche Angabe in der Klagschrift, so liegt eine wesentliche Prozeßvoraussetzung, die ordnungsmäßige Klagerhebung, nicht vor, und es ist daher die Klage im Falle der Rüge dieses Mangels durch den Beklagten, so wie sie angebracht ist, abzuweisen. Insbesondere kann der Kläger nicht gegen den Willen des Beklagten Vertagung der Verhandlung behufs der Verbesserung des Mangels verlangen. Denn der § 300 C.P.O. giebt dem Kläger nur beim Ausbleiben des Beklagten in der mündlichen Verhandlung in den in diesem § bezeichneten Fällen das Recht, die Vertagung zu verlangen. Dagegen kann dem Beklagten, welcher nach dem Gesetz verlangen darf, daß die Klage ordnungsmäßig erhoben wird, das Recht, wegen eines diesbezüglichen Mangels der Klage deren Zurückweisung zu beanspruchen, nicht durch einen Vertagungsantrag des Klägers entzogen werden [1]).

Ob nun unter der in § 230 Z. 2 C.P.O. vorgeschriebenen bestimmten Angabe des Grunds des erhobenen Anspruchs die bloße Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, aus welchem dieser entstanden ist, die sog. Individualisierung des Anspruchs [2]) oder die Angabe der rechtsbegründenden Thatsachen zu verstehen ist [3]), ist nicht zu erörtern. Denn jedenfalls genügt es, wenn die Klagschrift eine solche Kennzeichnung des erhobenen Anspruchs in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung enthält, daß der Beklagte in der Lage ist, zu beurteilen, ob das that-

1) Wilmowski—Levy, 6. A. I, 354; Gaupp 2. A. I, 442; Entsch. des R.G. XIII, 336 und in der jur. Wochenschrift v. 1888 S. 407 Z. 6 und von 1891 S. 178 Z. 2.

2) Petersen, zum Streit über Klagegrund und Klageänderung; Seuffert, 4. Aufl. S. 278 ff.; Reincke, S. 230; die weitere bei Gaupp, 2 A. I, 439 Note 23 cit. Litteratur.

3) Wilmowski—Levy a. a. O. S. 357; Gaupp a. a. O. S. 437 ff. und die in der cit. Note angef. Litteratur, insbesondere auch Entsch. des R.G. X, 434 und in Seuffert's Archiv XLI. n. 306 und in der jur. Wochensch. v. 1889 S. 306 Z. 12; zu vergl. auch die frühere württ. C.P.O. Art. 318.

sächliche und rechtliche Vorbringen des Klägers in der mündlichen Verhandlung gegenüber dem Vorbringen desselben in der Klagschrift eine Klageänderung enthält. Dies ergiebt sich daraus, daß nach § 235 Z. 3 C.P.O. zwar der Kläger nicht berechtigt ist, nach der Klagerhebung ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern, daß aber nach § 240 Z. 1 C.P.O. eine Aenderung der Klage nicht vorliegt, wenn ohne Aenderung des Klagegrunds die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden. Hienach sind solche Anführungen auch nach der Klagerhebung zulässig, und es ist die letztere gemäß der Vorschrift des § 230 Z. 22 erfolgt, auch wenn die Klagbegründung in der Klagschrift zu einer Verurteilung des Beklagten nicht hinreichen würde, solches vielmehr erst durch spätere ergänzende oder berichtigende thatsächliche oder rechtliche Anführungen, durch welche der Klagegrund nicht berührt wird, ermöglicht wird, wofern nur der Anspruch des Klägers in der Klagschrift so gekennzeichnet worden ist, daß derselbe sich von andern Ansprüchen genügend unterscheidet.

Diese Ansicht wird auch unterstützt durch die Vorschrift des § 296 C.P.O., daß auf das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, welches auf dessen Antrag beim Ausbleiben des Beklagten als zugestanden anzunehmen ist, der letztere nach dem Klageantrag zu verurteilen ist, soweit jenes Vorbringen diesen Antrag rechtfertigt, denn das Gesetz schreibt nicht vor, daß das thatsächliche Vorbringen, welches vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist, schon in der Klagschrift enthalten sein müsse. Es genügt daher, wenn dasselbe in einem nach der Klagerhebung, aber rechtzeitig dem Gegner zugestellten Schriftsatz (C.P.O. § 300 Z. 3) vorgetragen worden ist.

Geht man von vorstehender Auslegung des § 230 Z. 2 C.P.O. aus, so ist die vorliegende Klage gesetzlicher Bestimmung gemäß erhoben.

Denn es hat der Kläger in der schriftlichen Klage geltend gemacht, daß die Beklagte ihm für im Jahre 1889 ausgeführte

Bauarbeiten, über welche derselben vom Kläger spezifizierte Rechnungen zusammen im Betrag von 3883 Mk. 65 Pf. mitgeteilt worden seien, noch den spätestens bis 1. März 1892 fälligen Restbetrag von 1763.65 Mk. schuldig sei. Hienach ist als das Rechtsverhältnis, aus welchem der Anspruch des Klägers erhoben wird, die Dienstmiete oder die Werkverdingung bezeichnet. Zur thatsächlichen Begründung dieses Anspruchs aber ist die Behauptung aufgestellt, daß der Kläger im Jahre 1889 der Beklagten die in den der letztern mitgeteilten Rechnungen spezifizierten Bauarbeiten in dem erwähnten Betrage ausgeführt habe. Der Anspruch des Klägers ist daher thatsächlich und rechtlich, insbesondere auch bezüglich der Zeit seiner Entstehung und seines Inhalts so begründet, daß derselbe von andern Ansprüchen sich genügend unterscheidet. Die Begründung ist allerdings insofern mangelhaft, als das Rechtsgeschäft, auf dessen Grund die Bauarbeiten vom Kläger ausgeführt worden sind, und dessen Inhalt, insbesondere auch die Grundlage, auf welcher der der Bekl. für diese Arbeiten berechnete Preis beruht (ob derselbe vertragsmäßig bestimmt oder nur sachgemäß ist), nicht angegeben worden, sowie die einzelnen Arbeiten nur der Bekl. gegenüber, aber nicht vor Gericht spezifiziert worden sind. Allein alle diese Thatsachen können, ohne daß eine Klageänderung erfolgt, im Weg der Ergänzung des Vorbringens in der Klagschrift nach § 240 Z. 1 C.P.O. nachgetragen werden. Es hat nun auch der Kläger in voriger Instanz, behufs Ergänzung seiner Klage — allerdings zunächst nur behufs Vorlegung der spezifizierten Rechnungen, allein es ist anzunehmen, daß der Kläger, wenn er auf die angeführte Mängel der Klagbegründung gemäß § 130 C.P.O. hingewiesen worden wäre, auch die Verbesserung der sonstigen Mängel in Aussicht gestellt haben würde — Vertagung der Verhandlung beantragt und die Beklagte für den Fall, daß die Klage den Erfordernissen des § 230 Z. 2 C.P.O. entspricht, was nach dem Ausgeführten zutrifft, sich mit der Vertagung einverstanden erklärt. Wenn daher der vorige Richter, anstatt von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen und dem Vertagungsantrag Folge zu geben,

die Klage wegen Nichtbeachtung der Vorschrift des § 230 Z. 2 C.P.O. bezüglich der bestimmten Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs abgewiesen hat, so verstößt diese Entscheidung gegen wesentliche Grundsätze des Verfahrens, und es ist daher das Urteil und das Verfahren des vorigen Richters nach § 501 C.P.O. aufzuheben und die Sache an den letzteren zurückzuverweisen.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Senat vom 26. Jan. 1893 in Sachen F. gegen K.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 15. Juni 1893 zurückgewiesen.

53.

Die Pfändung einer Brandentschädigungsforderung gegen die allgemeine Gebäudebrandversicherungsanstalt in Stuttgart

wurde von dem Oberlandesgericht für die Zeit nach der Wiederherstellung des zerstörten oder beschädigten Gebäudes als zulässig erklärt

„in Erwägung,

1) daß die Forderungspfändung nicht bloß in den Fällen des § 749 C.P.O., sondern auch dann unzulässig ist, wenn dem Schuldner nach den Bestimmungen des Civilrechts (zu vergl. § 14 E.G. zur C.P.O.) die Veräußerung der zu verpfändenden Forderung verboten ist, da in diesem Fall der Gläubiger, welcher auf Grund der Forderungspfändung nur die Rechte des gepfändeten Schuldners erlangt, über die gepfändete Forderung nicht zum Zweck der Befriedigung seines Anspruchs an den letztern verfügen könnte,

2) daß zwar die Art. 33, 34, 36 und 37 des Gesetzes vom 14. März 1853, betr. die veränderte Einrichtung der allgemeinen Brandversicherungsanstalt, Vorschriften enthalten, durch welche die Verwendung des Brandentschädigungsgeldes zur Wiederherstellung des zerstörten oder beschädigten Gebäudes gesichert werden soll, daß aber die Art. 36 und 37, wie sich

aus dem zweiten Satz dieses Art. ergiebt, die Veräußerung der Brandentschädigungsforderungen nur für die Zeit vor der Wiederherstellung jener Gebäude beschränken, und daß sich daher aus den angeführten Gesetzesbestimmungen nicht entnehmen läßt, daß dem Beschädigten die Veräußerung der Brandentschädigungsforderung nach der Wiederherstellung des Gebäudes verboten sei."

Beschluß des Oberlandesgerichts II. Senat vom 14. März 1892 in der Beschwerdesache Kucher gegen Schierle.

54.

Ist die Verabredung zur Umgehung ausländischer Zollgesetze ein unsittliches Geschäft?

Dem Beklagten Hans E. wurde im Februar 1890 von Rußland aus der Antrag gemacht, dorthin zu reisen, um daselbst von einem russischen Minenbesitzer Gold einzukaufen. In einem an ihn gerichteten Schreiben vom 1. Februar 1890 ohne Unterschrift und Ortsdatum ist gesagt, die im asiatischen Rußland befindlichen Goldwäschereien dürfen nur unter Aufsicht von Regierungsbeamten ausgebeutet werden und ein russisches Gesetz zwinge die Minenbesitzer, ihr Golderzeugnis der russischen Regierung um den geringen Preis von 190 Papierrubel pr. russ. Pfund (= 1000 Mk. pr. Kilo) gediegenen Goldes auszuliefern. „Dieser geringe Preis müßte die Minenbesitzer geradezu ruinieren, gelänge es ihnen nicht, trotz der strengen Kontrolle einen Teil ihrer Produktion zu verheimlichen und zu höheren Preisen unter der Hand zu verkaufen." Die Minenbesitzer müssen ihre Käufer im Auslande suchen „und zwar schon aus dem Grunde, weil das Unternehmen für Ausländer ohne jedes Risiko ist und das Gepäck von Ausländern beim Verlassen Rußlands nie einer Revision unterzogen wird". Derartiges Gold werde nun dem Hans E. um 1840 Mk. per Kilo zum Kauf angeboten, während dasselbe nach Börsen-

blättern mit 2787 Mk. per Kilo notiert werde. Am Schluß dieses Briefes ist bemerkt: „Bitte ohne Anrede und Unterschrift und ohne Firmen-Papier und -Convert zu schreiben".

Da Hans E. die für das vorgeschlagene Geschäft nötigen Geldmittel nicht besaß, wandte er sich an den Kläger und setzte denselben von dem Plan des Goldkaufs in Kenntnis. Er zeigte demselben hiebei die Korrespondenz mit dem Russen, wozu der oben erwähnte Brief gehört, vor; ob Kläger dieselbe gelesen hat, ist bestritten. Auf Grund der zwischen den Parteien gepflogenen Verhandlungen erklärte sich Kläger bereit, das zum Einkauf des Goldes nötige Geld, 12000 Mk., zu beschaffen und sandte demgemäß einige Tage nachher die Summe an die Adresse des Hans E. nach Warschau. Gegen Bezahlung dieser Summe erhielt Letzterer das angebliche Gold, brachte es nach Stuttgart und übergab es dem Kläger. Am folgenden Tage reiste Kläger nach Pforzheim, um das Gold untersuchen bezw. einschmelzen zu lassen; allein das von ihm dorthin verbrachte Metall — dessen Identität mit dem von Hans E. aus Rußland gebrachten bestritten ist — erwies sich als wertlose Messingspäne.

Kläger hat nun Klage gegen den Beklagten erhoben auf Zahlung von 12000 Mk. samt Zinsen. Die Klage wurde auf die Behauptung gestützt, daß Kläger die 12000 Mk. dem Beklagten als Darlehen gegeben habe. Beklagter hat Klagabweisung beantragt und in erster Linie geltend gemacht, das Geldgeschäft sei ein unerlaubtes gewesen. In dieser Richtung ist außer Streit, daß nach einem Schreiben des „Prokureur des Riga'schen Bezirksgerichts" vom 20. Oktober 1890 „gemäß Art. 612 der Strafbestimmungen der Ankauf, Verkauf und die Ausfuhr von Gold ins Ausland ohne besondere Genehmigung des Herrn Finanzministers nicht nur als eine verbotene, sondern auch als eine verbrecherische Handlung erscheint". Sodann wurde bestritten, daß die 12000 Mk. Darlehen gewesen seien. Es liege vielmehr ein Gesellschaftsverhältnis vor. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

Es fragt sich in erster Linie, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft der Parteien, mag dasselbe nun als Darlehens- oder als Gesellschaftsvertrag aufzufassen sein, nicht als den guten Sitten zuwiderlaufend ungültig ist, und diese Frage war zu bejahen.

1. Auf Grund des Schreibens des Staatsanwalts am Riga'schen Bezirksgericht vom 20. Oktober 1890 steht fest, daß der Ankauf, Verkauf und die Ausfuhr von Gold aus Rußland in das Ausland ohne Genehmigung des russischen Finanzministers eine in Rußland verbotene und strafbare Handlung ist. Daß das dem Hans E. angetragene Geschäft in Betreff des Goldkaufs eine den russischen Finanzgesetzen zuwiderlaufende, verbotene und somit im Zweifel auch mit Strafe bedrohte Handlung war, erfuhr Kläger durch das im Eingang des Thatbestands angeführte Schreiben vom 1. Februar 1890. Seine Behauptung, daß er dieses Schreiben nicht gelesen habe, ist widerlegt.

Nicht nur ist es ganz selbstverständlich, daß sich Kläger, ehe er 12000 Mk. für das geplante Unternehmen hergab, über dessen Grundlagen unterrichtete und sonach die ihm hiezu durch Vorzeigung der Korrespondenz des Hans E. mit dem russischen Vermittler gebotene Gelegenheit nicht unbenützt ließ, sondern es ist auch durch die Aussagen der Zeugen Sch. und K. festgestellt, daß Kläger diesen Personen einen auf das Geschäft bezüglichen Brief — der, wie Zeuge K. angiebt, nicht unterzeichnet gewesen sei — vorgezeigt hat. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dies der Brief vom 1. Februar 1890 war, welcher eine eingehende Darlegung der einschlägigen Verhältnisse enthält; es ist daher erwiesen, daß Kläger diesen Brief einige Zeit in seiner Hand gehabt und natürlich auch gelesen hat. Auf die in sittlicher Beziehung bedenkliche Natur des in Frage stehenden Geschäfts ist Kläger auch durch den Zeugen Sch. aufmerksam gemacht worden. Daß Kläger sich der Bedenklichkeit des Geschäfts wohl bewußt war, geht ferner daraus hervor, daß er nach der Aussage des G. für die in

Aussicht genommene zweite größere Unternehmung Koffer mit geheimen Fächern besorgen wollte.

2. Ein deutsches Zollgesetz wurde durch die heimliche Ausfuhr des vermeintlichen Goldes aus Rußland nicht verletzt, weil die Einfuhr edler Metalle in Deutschland zollfrei ist. Die Verletzung ausländischer Zollgesetze ist regelmäßig im Inland straflos[1]), eine Strafbestimmung, welche die Uebertretung russischer Ausfuhrverbote mit Strafe bedrohte, besteht in Deutschland nicht. Auch sofern die Ausfuhr von Gold aus Rußland dort ein im Strafgesetzbuch mit Strafe bedrohtes, kein bloßes Zoll-Delikt ist, unterliegt diese Handlung in Deutschland der Bestrafung nicht: § 4 Abs. 2 R.St.G.B. ist nicht anwendbar.

Eine durch deutsche Gesetze verbotene oder nach deutschen Gesetzen strafbare Handlung war also von den Parteien nicht beabsichtigt.

3. Bei Beantwortung der Frage, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag als gegen die guten Sitten verstoßend ungültig ist, war mit dem diesseitigen Urteil vom 3. Juli 1888[2]) davon auszugehen, daß, wenn der unmittelbare und nächste Zweck eines Geschäfts auf etwas gerichtet ist, was derjenigen Sittlichkeit zuwiderläuft, welche in bestimmten Rechtsvorschriften auch vom Recht anerkannt ist, das Recht auch von sich aus einem solchen Geschäft die Wirksamkeit versagen muß, selbst wenn der betreffende Vertrag nicht eine den guten Sitten widerstreitende Handlung unmittelbar zum Gegenstand hat.

Es kann daher auch ein Darlehensvertrag als den guten Sitten zuwiderlaufend ungültig sein, wenn das Darlehen den Zweck hat, die Mittel zur Verübung einer unsittlichen Handlung zu beschaffen, und ebenso ein Gesellschaftsvertrag, wenn durch denselben die Ermöglichung unsittlicher Manipulationen bezweckt wird.

4. Freilich ist nicht jeder vom sittlichen Standpunkt aus

1) vgl. Entsch. des R.G. in Strafsachen Bd. 14 Nr. 33.

2) vgl. Jahrb. der württ. Rechtspflege Bd. 3 S. 220 ff. = Seuffert Bd. 46 Nr. 118.

verwerfliche Vertrag ungültig (vergl. den Grundsatz: „non omne quod licet, honestum est"). Es fragt sich daher, ob ein Vertrag, welcher dazu dienen soll, die Mittel zur Verübung eines die Gesetze des Auslands verletzenden Schmuggels zu beschaffen, wie der zwischen den Parteien abgeschlossene, der vom Recht als rechtlich maßgebende Norm anerkannten Sittlichkeit zuwiderläuft.

Diese Frage ist zu bejahen.

Wenn schon gesagt worden ist: die Staaten leben, was Zollgesetze betreffe, in einer Art Krieg mit einander, und wenn deshalb eine Handlung, welche gegen fremde, die Interessen des Inlands verletzende Zoll- oder Finanzgesetze verstößt, als gegen einen insoweit feindlichen Staat gerichtet und daher nicht verwerflich betrachtet werden wollte, so kann dem nicht beigestimmt werden. Es ist zweifellos das gute Recht jedes Staats, seine Zollgesetzgebung nach seinen Interessen einzurichten, und wenn ein ausländischer Staat ein dem Inlande günstiges Zollsystem einhält, wird der Grund davon darin liegen, daß jener Staat ein derartiges System als seinen eigenen Interessen dienlich ansieht. Umgekehrt hat aber auch das Inland keinen Grund, ein seinen Interessen ungünstiges Zollsystem eines auswärtigen Staats ohne weiteres als einen Beweis von Feindseligkeit anzusehen und demzufolge die auf Zolldefraudation gegenüber jenem Staat gerichteten Bestrebungen seiner Unterthanen als berechtigt anzuerkennen. Vielmehr muß eine Handlung, welche, wenn gegen den eigenen Staat verübt, strafbar wäre, dann wenn sie gegen ein gleichartiges fremdes Staatswesen verübt wird, mit welchem das Inland auf dem Boden des Friedensverkehrs steht, als Unrecht behandelt werden, auch wenn das Inland nicht soweit geht, dieselbe auch im letzteren Falle für strafbar zu erklären. Uebrigens hat[1]) ein preußisches Gesetz von 1853 unter der Voraussetzung vertragsmäßig gewährter Gegenseitigkeit sogar Strafbestimmungen gegen die Verletzung fremdstaatlicher Zoll-

1) vgl. R.G. in Strafsachen Band 14 S. 129.

gesetze erlassen, ist also offenbar davon ausgegangen, daß auf solche Verletzung gerichtete Handlungen den Schutz des Rechts nicht genießen dürfen. Es nimmt denn auch Theorie und Praxis — jedenfalls in neuerer Zeit — überwiegend die Ungültigkeit von Verträgen an, welche auf Verletzung fremder Zoll- oder Steuergesetze abzielen[1]).

Es kann nicht anerkannt werden, daß diese Rechtsanschauung in den Handelskreisen nicht durchgedrungen ist. Verletzungen fremder Zoll- und Steuergesetze mögen hier vielfach vorkommen, wie ja auch in vielen Kreisen die Verletzung der einheimischen Steuergesetze nicht schwer genommen wird. Daraus folgt aber nicht, daß derartige Handlungen als erlaubt und rechtmäßig gelten, und der solide und ehrenhafte Handel wird sich derselben enthalten. So hat ja auch der Prokurist Sch. den Kläger von dem Goldgeschäft abgemahnt, weil dasselbe „kein reelles“ sei. Jedenfalls aber kann eine etwaige in diesem Punkt laxe Moral nicht den Maßstab abgeben, nach welchem der Richter zu beurteilen hat, ob ein Vertrag als gegen die guten Sitten verstoßend ungültig ist.

5. Wenn Kläger meint, der Beklagte sei als derjenige, welcher das in Frage stehende unsittliche Unternehmen veranlaßt hat, nicht berechtigt, sich auf die Unsittlichkeit und folgeweise Ungültigkeit des abgeschlossenen Vertrags zu seinem Schutz gegen die Klage zu berufen, so ist dem gegenüber darauf hinzuweisen, daß ein gegen die guten Sitten verstoßender Vertrag **nichtig** ist, das Gericht also von Amtswegen, auch ohne daß ein Teil sich auf die Ungültigkeit beruft, dieselbe berücksichtigen und seine Hilfe zur Erfüllung eines derartigen Vertrags versagen muß.

6. Nach dem Ausgeführten ist der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag nichtig, mag man ihn als Darlehens-

---

1) vgl. v. Bar: Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2. Bd. § 255 S. 31—32 bei u. in Note 8; Heffter: Völkerrecht, 7. Aufl. § 32 Note 8 (Urteile des Rheinischen Appellationsgerichtshofs und des Berliner O.T.); Seufferts Archiv Bd. 1 Nr. 196; Pfeiffer: Prakt. Ausführungen, 3. B. Nr. 4; Kohler in der Zeitschrift f. bürgerl. Recht Bd. 5 S. 206—7.

oder als Gesellschaftsvertrag auffassen, weil er darauf abzielte, die Mittel für einen unsittlichen und vom Recht mißbilligten Zweck, die Verletzung russischer Zoll- und Finanzgesetze, zu beschaffen. Eine Vertragsklage auf Rückerstattung der vom Kläger hergegebenen 12 000 Mk. ist daher ausgeschlossen. Eine Bereicherungsklage ist nicht erhoben und angesichts der Thatsache, daß das vom Kläger dem Hans E. nach Warschau geschickte Geld nach der eigenen Darstellung des Klägers ohne Erlangung eines Aequivalents verausgabt ist, kaum denkbar.

Die Berufung gegen das die Klage abweisende Urteil des vorigen Richters war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 25. September 1891 in Sachen M. c. E.

B. in Strafsachen.

1.

Schreibgebühren. § 76 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Beschluß des Strafsenats vom 23. Nov. 1892 in den Privatklagesachen der M. D. in Z. gegen L. Sch. in Z. und gegen M. Sch. in Z. wegen Beleidigung (Nr. 135 von 1892).

Die Strafkammer des Kgl. Landgerichts zu E. hatte in beiden Sachen an den von dem Vertreter der Angeklagten berechneten, den letzteren in der Berufungsinstanz erwachsenen und von der Privatklägerin zu erstattenden notwendigen Auslagen je die Schreibgebühren

1. für einen Schriftsatz im Berufungsverfahren,
2. für das Kostenfestsetzungsgesuch,
3. für die Urschrift der Kostenberechnung

gestrichen.

Auf die hiegegen erhobene Beschwerde wurden die fraglichen Beträge wieder hergestellt

in Erwägung:

daß die Abstriche von der Strafkammer damit begründet wurden, daß die bezeichneten Schriften nicht Abschriften, sondern Urschriften bilden, für welche vom Gesetz eine Schreibgebühr nicht gewährt werde,

in Erwägung jedoch,

daß der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 eine solche Beschränkung des Schreibgebührenersatzanspruchs nicht zu entnehmen, vielmehr nach dem Sinn des Gesetzes für die hier in Frage stehenden, in der Form von Reinschriften dem Gericht vorgelegten Urschriften die Schreibgebühr zu gewähren ist.

2.

Wo ist die befristete Beschwerde des Verletzten wider den die Erhebung der öffentlichen Klage ablehnenden Bescheid der Staatsanwaltschaft einzureichen? St.P.O. § 170, Abs. 1.

A. Beschl. des Strafsenats vom 16. November 1892. Nr. 320 von 1892.

Der von dem Rechtsanwalt R. in H. namens des wegen Sittlichkeitsverbrechens rechtskräftig verurteilten G. K. aus L. in Gemäßheit des § 170 der St.P.O. gestellte Antrag: die Erhebung der öffentlichen Klage gegen die ledige M. B. in S. wegen Meineids zu beschließen, wurde vom Strafsenat als unzulässig verworfen aus folgenden Gründen:

„Die zur Einreichung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung bestimmte Frist von einem Monat ist gewahrt. Bezüglich der zur Einlegung der vorgängigen Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft gegebenen Frist von zwei Wochen, wegen deren Versäumung die Kgl. Oberstaatsanwaltschaft die erhobene Beschwerde als unzulässig verworfen hat, ergeben die Akten, daß der die Erhebung der öffentlichen Klage gegen die Beschuldigte ablehnende Bescheid der K. Staatsanwaltschaft zu R. vom 9. August 1892 dem Beschwerdeführer am 12. August bekannt gemacht worden war, wonach also am 26. August die Frist zu Ende ging, während

die von demselben gegen diesen Bescheid am 23. August — nicht bei der Oberstaatsanwaltschaft, sondern bei der genannten Staatsanwaltschaft — eingereichte Beschwerde erst **nach** dem 26. August an die Oberstaatsanwaltschaft gelangt ist.

Der Antragsteller macht geltend: die Einreichung bei der Staatsanwaltschaft dürfte nach § 170 genügen, „„indem in Absatz 1 — im Gegensatz zu Absatz 2 am Ende — nicht gesagt ist, wo der Antrag einzureichen sei, sondern nur, daß die Beschwerde an die vorgesetzte Stelle zustehe, danach aber wohl auch die Einreichung bei dem untergeordneten Beamten als genügend zu erachten sein wird, zumal wenn sie noch so zeitig erfolgte, daß sie von demselben höheren Orts vorgelegt werden konnte; cfr. auch § 348 der St.P.O.““

Diese Gründe erscheinen nicht als zutreffend. Zunächst kommen die Bestimmungen der St.P.O. über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen richterliche Entscheidungen, somit auch der § 348 [1]), anerkanntermaßen bei den Rechtsbehelfen aus § 170 nicht zur Anwendung. Sodann aber findet die vom Antragsteller aus dem Absatz 2 des § 170 („„der Antrag ist bei dem für die Entscheidung zuständigen Gericht einzureichen““) mittels eines sogenannten argumentum e contrario gezogene Schlußfolgerung, daß die im Absatz 1 erwähnte Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft **nicht** bei dem für die Entscheidung zuständigen Beamten einzureichen sei oder eingereicht werden müsse, in der Entstehungsgeschichte des § 170 keinerlei Rechtfertigung [2]).

---

1) Ueberdies ist der Absatz 1 des § 348 eine Spezialbestimmung, wie sie der besonderen prozessualen Gestaltung des Rechtsmittels der Beschwerde gegen richterliche Entscheidungen entspricht; Mot. S. 199 (Hahn, Mat. I. 248). A. d. E.

2) Die gesamten Verhandlungen zu § 170 ergeben über die vorliegende Frage lediglich nichts Positives. Namentlich beruht Satz 2 des Absatzes 2 auf einem ohne irgend welche Motivierung eingebrachten und ohne jede Debatte angenommenen Antrag von Schwarze's (Hahn, Mat. II, 1656), der eine Verwertung zu dem oben im Texte erwähnten arg. e contr. entfernt nicht zuläßt. — Bezüglich der Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft werden die Verhältniswörter

Vielmehr ergiebt sich, in Ermangelung einer gegenteiligen, besonderen Vorschrift, das Erfordernis der Einreichung der Beschwerde bei dem vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft binnen der Frist von 2 Wochen von selbst aus Abs. 1 des § 170, und es ist für die Berechnung der Frist lediglich der Zeitpunkt dieser Einreichung entscheidend[1]). Es kann deshalb auch, wenn der Beschwerdeführer inkorrekter Weise die Beschwerde bei demjenigen staatsanwaltschaftlichen Beamten eingereicht hat, gegen dessen Bescheid sie gerichtet ist, der Umstand, daß bei sofortiger Vorlegung derselben durch letzteren an den vorgesetzten Beamten[2]) die Frist noch gewahrt worden wäre, für die Fristberechnung nicht in Betracht kommen."

B. Beschluß des Strafsenats vom 11. Januar 1893. Nr. 376 von 1892.

Der von Rechtsanwalt A. in G. namens des Chr. H. in A. gestellte Antrag auf gerichtliche Entscheidung in der Anzeigesache gegen L. N. in G. wegen Bedrohung u. a. V. wurde aus denselben Gründen, wie zu A., als unzulässig verworfen. Doch kam in diesem Falle noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzu.

„an" und „bei" in den Verhandlungen durchweg promiscue gebraucht. Der Entwurf (§ 146) hat „bei", die Motive gebrauchen „an". A. d. E.

1) Dieselbe Auffassung lag auch schon früheren Beschlüssen des Strafsenats vom 3. November 1880 (Antrag des Rechtsanwalts F. in W. in der A. S. g. die E. L'schen Eheleute in A. wegen Betrugs u. a. V.; Nr. 393 von 1880) und vom 29. Februar 1888 (Antrag der Rechtsanwälte Dr. Sch. und Sch. in St. in der A. S. gegen J. G. St. von N. wegen Meineids; Nr. 67 von 1888) zu Grunde. A. d. E.

2) Mit Erlaß vom 19. März 1890 an sämtliche Staatsanwaltschaften hat die Oberstaatsanwaltschaft, unter Hinweisung darauf, daß der Strafsenat die Rechtsauffassung vertrete, daß die nach § 170 dem Verletzten gegen den abweisenden Bescheid der Staatsanwaltschaft zustehende Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft rechtsgültig nur bei dem letzteren und nicht auch bei derjenigen Staatsanwaltschaft (Amtsanwaltschaft), gegen deren Bescheid sie gerichtet ist, eingereicht werden könne, mit Genehmigung des K. Justizministeriums angeordnet: daß solche Beschwerden, falls sie bei derjenigen staatsanwaltschaftlichen Behörde eingereicht werden, gegen deren Bescheid sie gerichtet sind, unverzüglich dem vorgesetzten staatsanwaltschaftlichen Beamten einzusenden seien. A. d. E.

Der Antragsteller machte geltend, daß der abweisende Beschluß der Staatsanwaltschaft E. nicht von dem Ersten Staatsanwalt, sondern von einem diesem unterstellten Beamten der Staatsanwaltschaft (Hilfsstaatsanwalt) gefaßt und die hiegegen erhobene Beschwerde an den vorgesetzten Ersten Staatsanwalt zu richten gewesen und auch rechtzeitig, innerhalb der zweiwöchigen Frist, bei diesem eingereicht worden sei.

In dieser Richtung sprach sich der Strafsenat dahin aus: Schon aus dem Wortlaut des Absatzes 1 des § 170 der St.P.O., wonach die Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft zu richten ist, ergebe sich, und zwar in Uebereinstimmung mit der sonstigen allgemeinen Rechtsauffassung, daß die Beschwerde gegen einen von einem staatsanwaltlichen Beamten des Landgerichts gefaßten Beschluß nicht an den jenem vorgesetzten Ersten Staatsanwalt, sondern an die vorgesetzte staatsanwaltschaftliche Behörde, nämlich an die Oberstaatsanwaltschaft, zu gehen habe, bei welch' letzterer sie im vorliegenden Falle nicht rechtzeitig eingekommen sei.

II.

Abhandlungen.

VIII.

Ueber die Form der Eröffnung von Strafbescheiden der Verwaltungsbehörden bei Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- und Steuergesetze.

Von Rechtsanwalt Lebrecht in Stuttgart.

Im IV. Band S. 224 dieser Zeitschrift ist eine Entscheidung des Strafsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart über vorstehend bezeichneten Gegenstand abgedruckt.

Bei der praktischen Wichtigkeit der Sache mag es gestattet sein, die Frage einer nochmaligen Erörterung zu unterziehen.

I. Die Bestimmungen der deutschen Strafprozeßordnung §§ 35 und 37 über Bekanntmachung und Zustellung von Entscheidungen sind bei Eröffnung von Strafbescheiden der Verwaltungsbehörden nicht anwendbar, weil sie lediglich auf „gerichtliche Entscheidungen" (so lautet der Titel des vierten Abschnittes der Strafprozeßordnung) sich beziehen.

Da ferner auch die §§ 459 ff. der Strafprozeßordnung über die Form der Eröffnung der Strafbescheide keine Vorschrift enthalten, so kommt lediglich das württemb. Gesetz vom 25. August 1879 über das Verfahren der Verwaltungsbehörden bei Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- und Steuergesetze, speziell der Art. 22 dieses Gesetzes, zur Anwendung.

Insoweit gehen wir einig mit dem Beschlusse der Strafkammer zu dem konkreten Falle, welcher die gedachte Entscheidung des Oberlandesgerichts veranlaßt hat [1]), und wie es scheint, auch mit dieser letzteren selbst.

1) S. eod. S. 227.

II. Der Art. 22 cit. lautet: „Die Strafbescheide sind durch das Hauptamt, welches die Untersuchung geführt hat, dem Beschuldigten zu Protokoll zu eröffnen oder auf dem für die Behändigung von Vorladungen vorgeschriebenen Wege (Art. 14 Abs. 2) in Abschrift zuzustellen. Ersterenfalls ist auf Verlangen dem Beschuldigten eine Abschrift zu erteilen."

In dem Prozesse, welcher durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts beendigt worden ist, wurde der Strafbescheid keinem der Erben zu Protokoll eröffnet.

Es kann sich daher nur fragen, ob die andere in Art. 22 vorgeschriebene Form der Eröffnung gewahrt worden ist.

Die folgende Erörterung kann sich um so mehr auf die Beantwortung dieser Frage beschränken, als bei der Eröffnung zu Protokoll nicht wohl Zweifel auftauchen können.

Der in Art. 22 citierte Artikel 14 Abs. 2 hat folgenden Wortlaut:

„Die Behändigung der Vorladungen und sonstigen amtlichen Schreiben kann sowohl durch Unterbeamte der Zoll- und Steuerverwaltung als auch durch Vermittlung der Ortsvorstände oder der Post bewirkt werden."

III. In dem konkreten Falle haben sowohl die Strafkammer als der Straffenat anerkannt, daß bei der Eröffnung des Strafbescheids mehrfache Unregelmäßigkeiten untergelaufen seien. Allein beide Gerichte haben die Rechtskraft des Strafbescheids dennoch bejaht, in der Erwägung, daß die Erben — wie sich die Strafkammer ausdrückt — „den Strafbescheid durch die in dem Württ. Gesetz zugelassene Vermittlung der Post schließlich auch selber erhalten haben," bezw. — wie es in den Entscheidungsgründen zum Beschlusse des Straffenats heißt — weil „die Thatsache zu genügen hat, daß das Schriftstück in die Hände dessen gelangt, welchem eröffnet werden soll."

Beide Gerichte stimmen sonach darin überein, daß ein Strafbescheid jeder Anfechtung entzogen ist, wenn der Beschuldigte (in unserem Falle die Erben des Beschuldigten) ihn empfangen hat und wenn bewiesen ist, daß der Empfänger seit der Empfangnahme die einwöchentliche Frist der St.P.O.

§ 459 ungenützt hat verstreichen lassen. Dagegen unterscheiden sich die Beschlüsse der beiden Gerichte in der Begründung ihrer Ansicht.

IV. Der Strafsenat begründet seine Thesis in folgender Weise:

„Es lassen sowohl die Fassung des Gesetzes vom 25. August 1879, als insbesondere der Bericht der Justizkommission der II. Kammer zum Entwurf Art. 13 Abs. 8 (Gesetz Art. 18 Abs. 2), auf welchen der Kommissionsbericht der I. Kammer Bezug nimmt, keinen Zweifel darüber Raum, daß als Bekanntmachung einer zu eröffnenden Verfügung mittelst abschriftlicher Behändigung die Thatsache zu genügen hat, daß das Schriftstück in die Hände dessen gelangt, welchem eröffnet werden soll."

Was nun den Wortlaut des Gesetzes, für sich selbst betrachtet, betrifft, so können nur die beiden oben unter II. ausgezogenen Bestimmungen in Frage kommen. Sowohl die eine, als die andere dieser Bestimmungen sprechen unseres Erachtens gegen die Ansicht des Oberlandesgerichts.

Wenn es in Art. 22 heißt, die Strafbescheide seien „dem Beschuldigten zu Protokoll zu eröffnen" oder auf dem in Art. 14 Abs. 2 für die Behändigung von Vorladungen vorgeschriebenen Wege zuzustellen, und wenn Art. 14 Abs. 2 sagt, die Behändigung könne sowohl durch Unterbeamte der Steuerverwaltung, als auch durch Vermittlung der Ortsvorstände oder der Post bewirkt werden — so geht aus den von uns durch fetten Druck hervorgehobenen Worten wenigstens so viel hervor, daß der Empfang der Abschrift durch die Thätigkeit der amtlichen Organe vermittelt sein muß. Dem Wortlaute des Gesetzes würde daher nicht Genüge geschehen, wenn der Adressat die für ihn bestimmte (oder auch nicht für ihn bestimmte) Abschrift von der Kanzlei der Verwaltungsbehörde widerrechtlich wegnehmen, oder wenn er solche zufällig auf der Straße finden würde.

Was der Kommissionsbericht der zweiten Kammer über die Formen der Behändigung von amtlichen Schreiben

sagt, erscheint gleichfalls nicht geeignet, die Thesis des Oberlandesgerichts zu unterstützen.

Ohne Zweifel hat dasselbe folgende Stelle des Berichts im Auge gehabt:

„... wie Ihre Kommission damit einverstanden ist, daß ähnlich, wie im Verfahren bei polizeilichen Strafverfügungen, — zu vergleichen Art. 18 Abs. 3 des diesfallsigen Entwurfs nebst Motiven — auch hier im Zoll- und Steuerstrafverfahren hinsichtlich der Zustellungen und Behändigungen einfachere Formen gewählt werden, als diejenige der Reichsprozeßgesetze."

Immerhin wird eine „Zustellung", eine „Behändigung" verlangt; die bloße Thatsache des Inhabens eines Schriftstückes fällt aber unter keinen der beiden Begriffe.

Die gleiche Bemerkung trifft den Art. 18 Abs. 3 des Entwurfs zum Gesetze vom 12. Aug. 1879 betreffend Aenderung des Landespolizeistrafgesetzes rc. (Art. 19 Abs. 3 des Gesetzes), auf welchen jener Kommissionsbericht hinweist. Art. 18 Abs. 3 lautet: „die Zustellung erfolgt im Verfahren bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen entweder gegen einfache Empfangsbescheinigung, welche im Weigerungsfalle durch die amtliche Beurkundung der Uebergabe ersetzt wird, oder durch Postsendung mit Behändigungsschein.

Und die Motive zu diesem Artikel, auf welche jener Kommissionsbericht gleichfalls Bezug nimmt, sagen lediglich: „Mit Rücksicht auf den ganzen Charakter des Verfahrens vor den Polizeibehörden hat man auch hinsichtlich der Zustellungen eine einfachere Form für zureichend erachtet.

V. Die Strafkammer hat zur Begründung ihrer Ansicht ausgeführt: „daß die Strafprozeßordnung in § 459 Abs. 5 die Art der Bekanntmachung nicht vorgeschrieben, insbesondere dabei nicht den § 35 der Strafprozeßordnung .... im Auge gehabt hat, daß aber sämtliche vier Erben den Strafbescheid durch Vermittlung der Post schließlich auch selber erhalten und denselben auch zur Kenntnis genommen haben."

Daneben beruft sich die Strafkammer bezüglich der Mängel der Bekanntmachung und deren Einfluß auf Goltdammer Archiv Bd. 37 S. 136 f. insbesondere S. 146 Lit. g.

Zur Würdigung dieser Begründung mag zunächst der Abs. 2 der Strafprozeßordnung § 459 näher ins Auge gefaßt werden. Derselbe, soweit er hierher gehört, lautet: „der Strafbescheid muß die Eröffnung enthalten, daß der Beschuldigte, sofern er nicht eine nach den Gesetzen zugelassene Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde ergreife, gegen den Strafbescheid binnen einer Woche nach der Bekanntmachung bei der Verwaltungsbehörde, welche denselben erlassen oder bei derjenigen, welche ihn bekannt gemacht hat, auf gerichtliche Entscheidung antragen kann."

Nach dem Wortlaute dieser Bestimmung schreibt dieselbe bezüglich der Form der Bekanntmachung des Strafbescheids gar nichts vor, nicht einmal, daß der Strafbescheid überhaupt dem Beschuldigten bekannt gemacht werden müsse. Vielmehr bezieht sich der Absatz 3 nach seinem Wortlaute lediglich auf den materiellen Inhalt des Bescheids. Allein indirekt enthält die Bestimmung eben doch gewisse Normen über die Bekanntmachung.

Indem sie erklärt, der Strafbescheid müsse die Eröffnung enthalten, daß der Beschuldigte binnen einer Woche nach der Bekanntmachung auf gerichtliche Entscheidung antragen könne, setzt sie als notwendig voraus, daß eine solche Bekanntmachung erfolgt — andernfalls wäre die Bestimmung sinnwidrig.

Vorausgesetzt wird eine Bekanntmachung. Hierunter kann nicht wohl etwas anderes verstanden werden, als die Kenntnisnahme, vermittelt durch eine — direkte oder indirekte — Handlung der Verwaltungsbehörde.

Es genügt somit nicht das Bekanntwerden für sich allein, auch wenn es etwa durch bloßen Zufall erfolgt wäre; für diese Auslegung sprechen auch die Worte in § 459: „bei der Verwaltungsbehörde, welche ihn bekannt gemacht hat."

Denn auch hier ist vorausgesetzt, daß eine förmliche Eröffnung durch eine Behörde erfolgt.

Weiter ist aber in dem Abs. 2 — wenngleich auch wieder nur mittelbar — die doppelte Bestimmung enthalten einmal

daß dem Beschuldigten das Recht verliehen ist, binnen einer Woche nach der Bekanntmachung die gerichtliche Entscheidung zu provozieren, sodann daß er über diese Befugnis belehrt werden muß.

Es wird sonach eine Notfrist statuiert mit der Wirkung, daß bei Nichteinhaltung derselben der ordentliche Rechtsweg vorbehältlich der Ausnahmsbestimmung des § 461 für immer verschlossen bleibt.

Bei der Statuierung prozessualischer Notfristen ist aber die präziseste Fixierung des Anfangs überall angeordnet, bezw. vorausgesetzt, und überall ist der Anfang an einen formellen, urkundlich festgestellten Akt geknüpft.

Dies gilt ebenso bei den civilprozessualen Notfristen des Einspruchs, der Berufung, der Revision, wie bei den strafprozessualen der Berufung, der Revision rc.

Es mag billig bezweifelt werden, ob in irgend einem unserer deutschen Prozeßgesetze eine Notfrist normiert ist, deren Anfang nicht entweder durch eine Eröffnungsbescheinigung der betreffenden Person oder durch einen förmlichen, behördlichen Zustellungsakt nachgewiesen werden muß [1]).

Wenn durch sonstige konkludente Thatsachen, sei es auch in noch so überzeugender Weise nachgewiesen wird, daß ein Beschluß, gegen welchen innerhalb einer Notfrist Rechtsmittel zugelassen sind, zur Kenntnis des Beschuldigten gekommen ist,

1) In einer in der Juristischen Wochenschrift Jahrgang 1891 S. 222 veröffentlichten Entscheidung des III. Civilsenats des Reichsgerichts vom 10. März 1891 ist ausgesprochen, die Vorschriften der §§ 162 und 164 der C.P.O. über die Zustellung an die Prozeßbevollmächtigten der Parteien seien obligatorischer Natur, jede andere Zustellung sei unwirksam. „Um so weniger kann es für ausreichend erachtet werden, wenn der Prozeßbevollmächtigte der Partei, welchem ein Schriftstück zugestellt werden soll, dem es aber in Wirklichkeit nicht zugestellt worden ist, hinterher auf andere Weise das Schriftstück empfängt oder Kenntnis von dessen Inhalt erlangt. Nicht einmal ein Verzicht des zustellenden Prozeßbevollmächtigten auf die Wahrung jener Formvorschrift würde den Mangel der ordnungsmäßigen Zustellung zu beseitigen vermocht haben, da es sich um die Wahrung einer Notfrist handelt." Diese Sätze sind — mutatis mutandis — auch auf die Zustellung im Strafverfahren anwendbar.

so hat die Frist eben doch noch nicht begonnen und der Beschluß hat nicht die Rechtskraft beschritten.

Setzen wir den Fall, es sei in einem Civilrechtsstreit gegen vier Erben als Beklagte ein Urteil erlassen worden; der Kläger legt eine Zustellungs-Urkunde vor, laut welcher Einem der Erben das Urteil rite zugestellt worden ist, und er beweist, sei es durch Zeugen, sei es durch Schriftstücke, daß auch die andern Erben Kenntnis von dem Urteile erhalten haben — wird irgend ein Richter das Urteil gegenüber von diesen drei Erben für rite zugestellt erachten und sie nach Umfluß der im Gesetze fixierten Frist des Rechtsmittels der Berufung für verlustig erklären?

Hat aber der § 459 der St.P.O. den von uns dargelegten Inhalt, so kann das Landesgesetz vom 25. Aug. 1879 hievon Abweichendes nicht bestimmt haben[1]).

VI. Die Strafkammer hat sich, wie zu Ziffer V erwähnt, auf eine Ausführung in Goltdammers Archiv (von Amtsrichter Huther in Hagenow) berufen. In dieser Ausführung ist nämlich folgendes gesagt:

„Ein Mangel in dieser Beziehung (bei Bekanntmachung von Strafverfügungen) ist einflußlos. Hat der Beschuldigte normgemäß den Antrag auf gerichtliche Entscheidung erhoben, so ist es ganz gleichgiltig, auf welchen Weg er von dem Strafbescheid Kenntnis erlangt hat, ob auf einem Wege, der zum Gebiet der „Bekanntmachung" gehört oder auf anderem Wege. Anderenfalls kann auch hier der Mangel höchstens Wiedereinsetzung, nicht aber Ungültigkeit der Strafverfügung bewirken."

Dieser letzte Satz steht gewissermassen in der Luft. Es fehlt an jeder Begründung und doch ist eine solche nicht überflüssig. Oder soll z. B. ein Strafbescheid, welcher in gar

1) In unserem Falle haben die Gerichte sogar dahingestellt sein lassen, an welchem Tage den Erben der Strafbescheid zugestellt worden ist. Es genügt nach ihrer Ansicht der Nachweis, daß seit der Zustellung, dieselbe mag wann immer erfolgt sein, die gesetzliche Notfrist von einer Woche abgelaufen ist.

keiner Weise bekannt gemacht ist, wirklich gültig sein und nur im Wege des Wiedereinsetzungsverfahrens beseitigt werden können?

VII. Die bisherige Untersuchung hat zu dem Ergebnis geführt, daß die Ansicht, nach welcher schon durch die bloße Kenntnisnahme eines Strafbescheids die Notfrist zur gerichtlichen Anfechtung desselben zu laufen beginnt, weder durch die Bestimmungen des württemb. Gesetzes vom 25. Aug. 1879 noch durch diejenigen der Strafprozeßordnung gedeckt werden kann, daß sie vielmehr mit diesen Bestimmungen ebensosehr, wie mit der Natur der Sache im Widerspruch steht.

Nach richtiger Ansicht ist eine förmliche Bekanntmachung erforderlich und es fragt sich nur, in welcher Form diese zu geschehen hat.

Innerhalb dieser Schranken hat die deutsche Strafprozeßordnung den Partikulargesetzgebungen freie Hand gelassen. Sie wollte in das Verfahren der Verwaltungsbehörden, zu welchem die Bekanntmachung der Strafbescheide immerhin noch gerechnet werden mag, sich in keiner Weise einmischen.

Speziell wird es sich in erster Linie darum handeln, ob ein Strafbescheid dem Beschuldigten unmittelbar behändigt werden muß, oder ob eine Ersatzzustellung, wie sie nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung genügt, zulässig erscheint.

Zu Gunsten der Zulässigkeit hat der Strafsenat Stuttgart darauf verwiesen, daß nach Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes vom 25. Aug. 1879 die Behändigung durch Vermittlung der Post erwirkt werden kann, daß nach dem § 14 der württemb. inländischen Postordnung vom 14. März 1881 Briefe mit Zustellungsurkunden übersendet werden können, und daß nach § 42 der Postordnung auf die Bestellung von Schreiben mit Zustellungsurkunden die Bestimmungen der §§ 165—70, 174 und 178 der C.P.O. Anwendung leiden.

Gegen diese Ansicht des Strafsenats läßt sich folgendes anführen:

1) Nach Art. 22 ist der Strafbescheid dem Beschul-

digten entweder zu Protokoll zu eröffnen oder auf dem „für die Behändigung von Vorladungen vorgeschriebenen Wege (Art. 14 Abs. 2) in Abschrift zuzustellen". Wie im ersteren Falle eine Ersatzeröffnung nicht genügen kann — was wohl keines weiteren Beweises bedarf — so erfordert die grammatische Symmetrie, daß auch im letzteren Falle die Bekanntmachung an den Beschuldigten selbst zu erfolgen hat. Hiefür mag auch das Wort „Behändigung" sprechen, welches Wort z. B. bei einer Ersatzzustellung in Form der C.P.O. § 167 gar nicht paßt.

2) Der Art. 14 Abs. 2 spricht gleichfalls von „Behändigung". Dieselbe soll a) durch Unterbeamte der Zoll- und Steuerverwaltung, b) durch Vermittlung der Ortsvorstände, c) durch Vermittlung der Post bewirkt werden können.

Wie in den Fällen ad a und b nur an eine Uebergabe zu Handen dessen, für welchen das Schriftstück bestimmt ist, gedacht werden kann, so ist das gleiche auch für den Fall c anzunehmen.

3) Die Justizkommission der zweiten Kammer der Abgeordneten hat ausdrücklich erklärt, daß der Art. 14 Abs. 2 auf die Bestimmung des Reichspostgesetzes vom 28. Okt. 1871 § 37, laut welcher die Zustellung nach den für gerichtliche Insinuationen bestehenden Vorschriften zu geschehen hat, nicht hinweise. Freilich wollte die Kommission hiemit sagen, daß es solcher umständlichen Form nicht bedürfe, wie sie bezüglich des Zustellungsverfahrens in der C.P.O. angeordnet sind. Allein immerhin ist hiemit die Anwendbarkeit dieses Zustellungsverfahrens verneint und da nur bei diesem Verfahren eine Ersatzzustellung zugelassen ist, so ist jede andere Zustellung nur in Form der unmittelbaren Behändigung, wenn auch ohne weitere lästige Formalitäten, statthaft.

Bei dieser Auffassung war in unserem Spezialfalle keine der vier Zustellungen gültig, da keine derselben an die Erben selbst, sondern die eine an einen Knecht der männlichen Erben, die anderen an die Ehemänner der weiblichen Erben erfolgt sind.

1) S. Kommissionsbericht S. 1061.

VIII. Wenn man nun aber im Gegensatz zu der ad VII ausgeführten Ansicht die Ersatzzustellung zuläßt, so muß sie auch den Vorschriften der Civilprozeßordnung voll entsprechen. Andernfalls würde es an jeder greifbaren Norm fehlen, in welchen Fällen der Adressat eine an einen Dritten erfolgte Behändigung anzuerkennen habe.

Ist daher ein Strafbescheid, durch welchen A. bestraft werden soll, an B. adressiert und diesem behändigt, so ist dem A. gar nicht zugestellt. Dies bedarf gar keiner näheren Begründung. Da in unserem Falle die Abschriften des Strafbescheids an die beiden verheirateten weiblichen Erben gar nicht adressiert waren, so ist die an die Ehemänner geschehene Zustellung wirkungslos. Sie kann insbesondere nicht als Ersatzzustellung anerkannt werden, da die Zustellung an diejenigen erfolgt ist, an welche sie nach der Adresse in der That hat erfolgen sollen.

Der Umstand, daß die Adressaten die Ehemänner derjenigen Personen sind, für welche die Abschriften nach dem Inhalte des Strafbescheids bestimmt waren, ändert hieran gar nichts.

Gesetzt, ein Verwaltungsbeamter will die Ehefrau A. als Beschuldigte vorladen. Aus Versehen schreibt er in die Vorladung, der Ehemann A. habe bei ihm zu erscheinen und diese Vorladung wird demselben direkt behändigt.

Ist nun Frau A. richtig geladen?

Niemand wird diese Frage bejahen, auch dann nicht, wenn Frau A. noch vor dem Termin von der Vorladung Kenntnis erhält, und gleichviel ob sie nun den Irrtum merkt oder nicht.

Noch größere Strenge ist begreiflicherweise am Platze, wenn von der richtigen Bekanntmachung der Beginn bezw. der Ablauf der Notfrist gegen einen Strafbescheid abhängt, zumal es sich hiebei, wie in unserem Fall, um sehr erhebliche Strafen handeln kann.

IX. Die Strafkammer hat bezüglich einer der beiden Erbinnen die an den Ehemann erfolgte Zustellung um deswillen als gültig angenommen, weil der Ehemann in einer

bei den Akten liegenden Generalvollmacht als Zustellungsbevollmächtigter bezeichnet worden war.

Die Richtigkeit dieser Ansicht scheint nicht unzweifelhaft. In Civilprozessen kann zwar gemäß § 159 der C.P.O. die Zustellung unbedenklich an den Generalbevollmächtigten erfolgen. Allein es wird 1) mehrfach mit den Motiven zur C.P.O. behauptet, daß unter dem Generalbevollmächtigten des § 159 nur ein solcher gemeint sei, welcher zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten bevollmächtigt ist; sodann ist 2) das zuzustellende Schriftstück an den dominus zu adressieren, eventuell an den Generalbevollmächtigten als solchen und es muß aus der Zustellungsurkunde ersichtlich sein, daß das Schriftstück dem Bevollmächtigten nicht in seiner Angelegenheit, sondern eben nur als dem Vertreter des bestimmt bezeichneten Dritten zugestellt wird. Im betreffenden Fall ist aber die Zustellung genau so erfolgt, wie wenn das Schriftstück für den Ehemann und nicht für dessen Ehefrau bestimmt gewesen wäre.

3) Endlich taucht auch hier wieder der Zweifel auf, ob es zulässig erscheint, ohne Weiteres die Vorschriften der C.P.O. über Zustellung von Schriftstücken auf das Strafverfahren vor den Verwaltungsbehörden anzuwenden und können wir in dieser Beziehung auf das oben — Ziff. VII 1—3 — Angeführte verweisen.

X. Wir fassen das Vorgetragene in folgenden Sätzen zusammen:

1) Strafbescheide sind den Beschuldigten bezw. denjenigen, für welche sie bestimmt sind, unmittelbar zu behändigen. Eine Behändigung an dritte Personen, insbesondere an den Ehemann oder an den Generalbevollmächtigten ist nicht geeignet, die Notfrist der St.P.O. § 459 Abs. 2 in Lauf zu setzen.

2) Diese Eröffnung ist nicht an die teilweise sehr umständlichen Formvorschriften der C.P.O. über Zustellungen geknüpft. Wofern sie nicht durch das Hauptamt zu Protokoll geschieht (Art. 22 erster Teil des Gesetzes vom 25. Aug. 1879)

kann sie dadurch erfolgen, daß eine der in Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes genannten Behörden einschließlich der Post dem betreffenden eine Abschrift des Bescheides mitteilt und diesen Akt durch formlose Urkunde beglaubigt.

3) Stellt man sich aber auf den Standpunkt, daß die Bestimmungen der C.P.O. auf das Zustellungsverfahren der Verwaltungsbehörden anwendbar sind, so sind diese Bestimmungen auch rein anzuwenden und ist es nicht gestattet, einzelne derselben z. B. diejenigen über Ersatzzustellung zu befolgen, andere z. B. diejenigen über die Adressierung zu ignorieren.

XI. Vorstehende Erörterung bezieht sich auf die in dem dritten Abschnitte des VI. Buches der Strafprozeßordnung behandelten Strafbescheide bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle.

Allein sie ist in gleicher Weise anwendbar auf das im zweiten Abschnitt desselben Buches geordnete Verfahren nach vorangegangener polizeilicher Strafverfügung, indem der dritte Absatz des § 453 bezüglich der Eröffnung der polizeilichen Strafverfügungen genau dasselbe vorschreibt, was der § 459 Abs. 2 bezüglich der Eröffnung der Strafbescheide bestimmt.

Hieraus folgt, daß die praktische Bedeutung der aufgeworfenen Frage keine unerhebliche ist.

IX.

Zur Lehre vom beneficium divisionis.

Von Amtsrichter Uhland in Ravensburg.

Ein Rechtsfall hat vor kurzem dem Landgericht Ravensburg Veranlassung gegeben, sich mit dem beneficium divisionis nach gemeinem und nach württembergischem Rechte zu beschäftigen. Die seiner Zeit im Amt gewesenen Mitglieder eines Gemeinderats als Vormundschaftsbehörde waren auf Schadensersatz verklagt, weil sie einen Verzicht des Pflegers auf ein Pfandrecht seiner Mündel widerrechtlich genehmigt hatten. Der auf ihre

Verurteilung als Gesamtschuldner gerichteten Klagebitte setzten sie die Einrede der Teilung entgegen mit dem Vorbringen, daß sämtliche 9 Beklagte zahlungsfähig seien, was die klägerische Partei in Bezug auf alle außer einen zugab. Da sich der beklagtische Anwalt auf das Zeugnis des Schultheißen des Wohnorts der Beklagten zum Beweis dafür berief, daß sämtliche Beklagte zahlungsfähig seien, und da dem Klageantrag im übrigen stattzugeben war, so war zu prüfen, ob nicht in Bezug auf den einen Beklagten, dessen Zahlungsfähigkeit bestritten war, über diesen Punkt Beweis einzuziehen sei.

1. Um das justinianische Recht zu erkennen, muß man die Entwicklung des römischen Rechts ins Auge fassen und zwar nicht bloß die des materiellen Rechts, sondern insbesondere auch die des Prozeßrechts [1]). Das alte römische Recht hatte den Grundsatz, daß die Obligation durch die Litiskontestation konsumiert wurde, d. h. die Litiskontestation wirkte auf das in judicium deduzierte Rechtsverhältnis vollständig novierend; in diesem Augenblick trat an Stelle des dare debitorem oportere das condemnari oportere, welches die ursprüngliche Obligation vernichtete, mochte nun an Stelle des condemnari oportere später (post condemnationem) das judicatum facere oportere treten oder nicht, welch' letzteres bei freisprechendem Urteil infolge von Unbegründetsein des eingeklagten Rechts, bei Abweisung der Klage wegen fehlerhafter Fassung der Formel (z. B. pluspetitio, welche zur Abweisung des ganzen Anspruchs führte), bei Klagezurücknahme, bei Verjährung des Prozesses infolge Liegenbleibens desselben der Fall war. Diesem Grundsatz der Konsumtion und Novation entsprechend gab es im alten römischen Recht auch keine verzögerlichen Einreden in unserem Sinne, d. h. es gab keine Abweisung der Klage zur Zeit, sondern sie hatte nur die Bedeutung, daß der Berechtigte den Gebrauch seiner Klage verschieben sollte, bis der Grund einer solchen möglichen Einrede gehoben war; wenn es aber zur Litiskontestation kam, so waren die dilatorischen Einreden ganz

1) Vgl. zum Folgenden Wächter, Erörterungen, Heft 3, S. 1 ff.

den peremptorischen gleich. Diese Einreden konsumierten stets das ganze Recht des Klägers.

Unter diesen Gesichtspunkten ist das materielle Recht zu betrachten, das ursprünglich nur die dem jus strictum entsprechende gleiche Verhaftung sämtlicher correi debendi, z. B. des Hauptschuldners und seiner fidejussores kannte. Es konnte z. B. bei einer Mehrheit von fidejussores jeder einzelne fidejussor vor dem Hauptschuldner belangt werden; kam es mit ihm zur Litiskontestation, so war die actio gegen die anderen Bürgen und gegen den Hauptschuldner wegen der Einheit der obligatio konsumiert; die anderen correi waren somit frei, wenn auch der Gläubiger von dem in Anspruch genommenen wegen Insolvenz nicht befriedigt werden konnte oder wenn er mit seiner Klage gegen diesen wegen dilatorischer Einreden abgewiesen wurde. Ließ der Gläubiger die Klage gegen den einen fallen, so konnte er gegen die anderen nicht mehr klagen. Diesem Zustand gegenüber schuf Kaiser Hadrian eine Erleichterung, indem er die Verpflichtung des Gläubigers festsetzte, bei einer Mehrheit von fidejussores[1]) und von mandatores credendi „a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere[2])". Da aber der Grundsatz der prozessualen Konsumtion weiterbestand, so hatte dies folgende Wirkungen: wurde ein Bürge auf Zahlung der Schuld belangt und dieser schützte das beneficium divisionis vor, das excipiendo geltend zu machen war, so hatte er nun nur seinen Kopfteil zu zahlen; gegen die übrigen Bürgen konnte der Gläubiger nicht mehr klagen, von ihnen ihre Kopfteile nicht fordern, weil er die ganze Obligation in judicium deduziert hatte und diese dadurch konsumiert war. Hatte der Gläubiger zur Zeit, als noch der Formularprozeß dauerte, d. h. bis zur Zeit Kaiser Diokletians, den Bürgen mit einer formula certa

1) d. h. confidejussores; anders in Fällen, wo der Gläubiger einen Bürgen und einen Nachbürgen (fidejussor fidejussoris) hat: E. des R.O.H.G. IV. S. 325.

2) § 4 Instit. de fidejussoribus III. 20, l. 3 C. de constituta pecunia IV. 18.

auf das Ganze belangt, und konnte der Bürge excipiendo[1]) nachweisen, daß auch seine Mitbürgen zahlungsfähig seien, so mußte der Kläger sogar ganz abgewiesen werden wegen pluspetitio, und er hatte alles verloren, weil er nun wegen der durch die Litiskontestation eingetretenen Konsumtion gegen keinen der Bürgen mehr klagen konnte. Freilich galten schon zur klassischen Zeit in letzterem Fall Milderungen; denn der Grundsatz der Konsumtion und Novation ließ sich ohne Verletzung der aequitas nicht in seiner ganzen Strenge durchführen; die Juristen kamen bei allen Klagen auf den Ausweg, eine naturalis obligatio anzunehmen, die in gewissen Beziehungen trotz der Konsumtion der Obligation durch die Litiskontestation fortbestehe; sie ließen daher insbesondere die Pfandrechte, durch welche das eingeklagte Rechtsverhältnis gesichert war, fortbestehen trotz Litiskontestation und Urteil, sofern nicht gegen die Forderung selbst erkannt wurde und damit die positive Wirkung des Urteils in Betracht kam; sie duldeten trotz der novierenden Kraft der Litiskontestation und trotz des Grundsatzes der pecuniaria condemnatio nicht, daß, wenn der Beklagte während des Prozesses freiwillig den eigentlichen Gegenstand des ursprünglichen Rechtsverhältnisses gezahlt hatte, er ihn zurückfordere.

Seit der epistola divi Hadriani mußte sich also der Gläubiger wohl überlegen, an welche seiner fidejussores er sich als zahlungsfähig halten könne, und hatte die von den fidejussores durch exceptio geltend zu machende Verpflichtung, von den zahlungsfähigen fidejussores nur Kopfteile einzufordern. Um die Bedeutung der epistola d. H. zu erkennen, bieten die im Jahre 1816 aufgefundenen Institutionen des Gajus ein treffliches Hilfsmittel; der in Betracht kommende Titel der Institutionen Justinians (de fidejussoribus III. 20) erscheint nur als eine Ueberarbeitung der Institutionen des Gajus Buch III. § 121. Aus ihnen ersehen wir, daß sich Hadrian eine nur für Italien geltende lex Furia de sponsu zum Muster ge-

1) l. 28 D. de fidejuss. 46, 1.

nommen, das Prinzip derselben aber geändert hat. Diese bestimmte in Bezug auf die schon im justinianischen Recht antiquierten Bürgschaftsformen der sponsio und fidepromissio, daß sich bei einer Mehrheit von Bürgen die Obligation in soviel Teile spalte, als Bürgen — gleichviel ob zahlungsfähig oder nicht — zur Zeit der Fälligkeit der Schuld vorhanden seien. Im Gegensatz hiezu bewahrte die epistola d. H. für die fidejussores die Haftung sämtlicher Bürgen auf das Ganze und gewährte nur als exceptio, daß die Schuld unter die Zahlungsfähigen nach Köpfen zu verteilen sei.

Was hat nun Justinian geändert? Er hat die letzten Spuren der prozessualen Konsumtion getilgt. Da er sah, daß die Parteien sich gegen die Folgen derselben meistens durch Kautionen schützten, bestimmte er in der c. 28 C. de fidejuss. VIII. 41, daß bei der fidejussio und bei den anderen Korrealschuldverhältnissen die prozessuale Konsumtion aufgehoben sein solle. Justinian geht in diesem Gesetze deutlich davon aus, daß durch die Klage gegen den einen von mehreren Bürgen der andere nicht befreit wird, sondern die Schuld weiter besteht, bis der Gläubiger ganz befriedigt wird. Trotz dieser constitutio 28 scheint aber aus anderen Stellen des corpus juris (l. 51 § 4, l. 52 § 1 D. h. t., l. 16 C. h. t.) hervorzugehen, daß, wenn die Forderung einmal geteilt worden ist, d. h. Litiskontestation mit einem Bürgen auf seinem Teil stattgefunden hat, die nun eintretende Insolvenz des Mitbürgen ihm nicht mehr schade. Windscheid [1]) sieht dies als heute noch geltendes Recht an, allein seine Ausführungen sind nicht stichhaltig. Was zunächst die 2 Pandektenstellen (l. 51 § 4, l. 52 § 1 D. h. t. 46, 1) anbelangt, die aus den Responsen Papinians entnommen sind, so gehen sie von der Annahme aus, daß der Prozeß zugleich gegen sämtliche Bürgen, gegen jeden auf seinen Teil, angestellt worden ist, und stellen sodann den obigen Satz auf, von dem Windscheid selbst sagt, daß er in seinem ursprünglichen Sinne die Konsumierung der gesamten

1) § 479 Note 10.

actio als Grundlage haben könnte. In ihrem ursprünglichen Zusammenhang müssen aber diese Stellen aus dem Prinzip der prozessualen Konsumtion erklärt werden; denn ein anderer Rechtsgrund ist für diesen Satz, den der Jurist als jus commune bezeichnet, nicht denkbar. Dem Papinian konnte es nicht in den Sinn kommen, neues Recht zu schaffen, er bildete vielmehr in Fällen, wo es nötig erschien, das gegebene Recht im Weg der Auslegung, in Entwicklung der bestehenden Rechtsgrundsätze und der aequitas weiter; ein solcher Fall lag hier nicht vor; hier war die Entscheidung durch den zu Papinians Zeit vollgültigen Grundsatz der prozessualen Konsumtion gegeben. Wenn Windscheid meint, diese Stellen könnten in ihrem ursprünglichen Sinne auch sehr wohl den Gedanken ausdrücken wollen, daß zwischen den zur Zeit der Litiskontestation Solventen eine definitive Teilung eintrete kraft des Gesetzes, so ist das vollkommen richtig; Papinian wollte diesem Gedanken Ausdruck geben, der sich ihm aus dem Prinzip der prozessualen Konsumtion ergab. Daß es sich um einen Satz des Prozeßrechts handelt, ergiebt sich auch aus Gajus[1]), wo im Gegensatz zur sponsio und fidepromissio, bei denen von Teilung der Obligation unter sämtliche zur Zeit der Fälligkeit der Schuld vorhandene Bürgen die Rede ist, gesagt wird: „fidejussores vero perpetuo tenentur, et, quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur", wobei zu bedenken ist, daß dieses ewige Haften aufs Ganze trotz der prozessualen Konsumtion als naturalis obligato zur Geltung kommen konnte. Hätte es sich um einen Satz des materiellen Rechts, entsprechend dem Recht der obenerwähnten lex Furia, gehandelt, so hätte Papinian nicht ohne weiteres dem Minderjährigen Restitution zugesagt für den Fall, daß sein Vormund aus Nachlässigkeit die actio unter solche geteilt hat, die zur Zeit der Litiskontestation nicht zahlungsfähig waren. — Ebenso verhält es sich mit der l. 16 C. h. t. in ihrem ursprünglichen Sinne. Die „juris ratio", welche nach der Teilung der Klage durch die Litis-

---

1) G. J. III, § 121.

kontestation mit den mehreren Bürgen auf ihren Kopfteil eine weitere Klage gegen den einen derselben nicht mehr zuläßt, kann für den Urheber dieser constitutio, Kaiser Gordian, nur der Grundsatz der prozessualen Konsumtion gewesen sein; denn der Kaiser wollte nicht neues Recht schaffen, sondern nur das bestehende Recht wiedergeben. Windscheid meint, jedenfalls im Zusammenhang der Kompilation sei es wegen l. 28 C. h. t. geradezu unzulässig, die 3 genannten Stellen aus der Klagenkonsumtion, und daher notwendig, sie in seiner Weise zu erklären; allein dem ist nicht so. L. 28 C. h. t. sagt allgemein, daß durch die Klage gegen den einen von mehreren Bürgen der andere nicht befreit wird; sie hat also nicht bloß den Fall im Auge, wo einer der mehreren Bürgen aufs Ganze belangt und aufs Ganze verurteilt war und der Gläubiger durch Exekution gegen ihn nicht zur Befriedigung gelangen konnte, sondern auch den gewöhnlichen Fall, wo der eine belangte Bürge von dem beneficium divisionis Gebrauch gemacht hat und darum bloß auf seinen Kopfteil verurteilt werden konnte. Auch im letzteren Falle soll unter Aufhebung des Grundsatzes der prozessualen Konsumtion Klage gegen die Mitbürgen zulässig sein. Justinian hat also in l. 28 C. citata nur den Fall im Auge, wo zunächst nur einer der mehreren Bürgen belangt worden ist, dagegen nicht den Fall, wo die mehreren Bürgen zugleich belangt worden sind, einen Fall, der in den mehrerwähnten Stellen (l. 51 § 4, l. 52 § 1 D. h. t., l. 16 C. h. t.) entschieden ist. Man darf nicht annehmen, daß diese Stellen, insbesondere l. 16 C. h. t., aus Versehen in das corpus juris aufgenommen worden sind; allein durch die Aufnahme neben l. 28 C. h. t. haben sie einen anderen Sinn angenommen. Die ratio juris, welche nicht duldet, daß nach Teilung der Klage durch gleichzeitige Litiskontestation mit den mehreren Bürgen eine weitere Klage gegen den einen wegen des Ausfalls bei den anderen erhoben wird, kann nunmehr bloß die Annahme sein, daß in der Teilung ein Verzicht auf eine Nachforderung liegt; dieselbe ratio juris gebietet aber, einen solchen Verzicht nicht schlechthin in

solchen Fällen anzunehmen, sondern nur, wenn der Verzichtswillen aus den Umständen hervorgeht [1]).

Und so ist mit K.G. von Wächter [2]) und überhaupt mit der gemeinen Meinung [3]) als geltendes gemeines Recht aufzustellen, daß das beneficium divisionis nicht mehr peremptorische, sondern bloß noch dilatorische Wirkung hat. Wird daher ein Bürge vom Gläubiger aufs Ganze belangt und derselbe auf das vorgeschützte beneficium divisionis bloß zu seinem Kopfteil verurteilt, so kann der Gläubiger gegen die anderen Bürgen ohne Anstand noch klagen und zwar nicht bloß auf ihre Kopfteile, sondern auf alles, was er noch nicht erhalten hat, soweit nicht die übrigen Mitbürgen solvent sind. Es kann aber auch der Gläubiger, wenn er den einen auf seinen Kopfteil belangt hat, aber von den übrigen nichts erhalten kann, gegen den ersteren den Rest noch einklagen. Thatfrage ist es, ob der Nachforderung des Gläubigers nicht die Einrede schadet, daß er in dem Ausklagen der Mitschuldner saumselig gewesen sei.

Das ursprünglich nur für die fidejussores und die weder im Verhältnis zum Hauptschuldner noch unter sich als correi debendi aufzufassenden mandatores [4]) eingeführte beneficium divisionis wurde schon vor Justinian um der aequitas willen auf andere Fälle ausgedehnt [5]), so insbesondere auf Vormünder [6]), die dem Schuldner wegen gemeinschaftlicher Nachlässigkeit haften, und auf Vormundschaftsbehörden [7]) die subsidiär wegen Nachlässigkeit in Vormundschaftsangelegenheiten in Anspruch ge-

1) vgl. Sintenis, gem. Civilrecht II, S. 141 Note 45.

2) Wächter, Erörterungen III. S 57 ff, Pandekten II. S. 510.

3) Sintenis, gem Civilrecht II. S. 141 ff, insbes. Note 47 u. 48, Arndts, Pandekten § 355 Z. 2 und § 215 Note b. u. f. Dagegen Griesinger, Kommentar zum württ. Landrecht Band I. S. 188 Note und die dort citierten älteren Schriftsteller.

4) Wächter, Pand. II. S. 453.

5) Arndts, Pand. § 215 Note d; Sintenis, gem. Civilrecht II. § 89 Note 47 am Anfang.

6) l. 1 §§ 11 u. 12 D. 27, 3, l. 12 D. 46, 6.

7) l. 7 D. 27, 8. l. 3 C. 5, 75.

nommen werden. Es sind dies Fälle von bloß solidarischer Verpflichtung[1]); jeder der Beklagten haftet in diesen Fällen auf Grund einer besonderen Obligation, so daß also in diesen Fällen niemals prozessuale Konsumtion durch Litiskontestation mit dem einen stattfand und stets Nachklage wegen eines Ausfalls zulässig war[2]). Wenn die Beklagten nicht aus Nachlässigkeit, sondern aus gemeinschaftlichen dolus hafteten, wurde aber das beneficium divisionis versagt.

Justinian hat in novella 4 das beneficium excussionis für den Bürgen eingeführt. Im ausdrücklichen Anschluß an diese hat er sodann in der vielumstrittenen novella 99 unter Zugrundelegung des Falls, daß mehrere eine gemeinschaftliche Schuld unter wechselseitiger Verbürgung kontrahiert haben, ein neues eigenartiges beneficium divisionis eingeführt[3]). Früher hat die gemeine Meinung wie schon die Glosse die nov. 99 auf alle Fälle einer solidarischen Verpflichtung ausgedehnt, von den Fällen der Entstehung derselben durch eigentliches Delikt (dolus) abgesehen, eine Ansicht, die von Sintenis auch jetzt noch verteidigt wird[4]), der demnach die epistola divi Hadriani als durch die novella 99 aufgehoben erachtet, was insbesondere auch wegen der nach ersterer nicht zulässigen, nach letzterer dagegen ihm zulässig erscheinenden Rückforderung des irrtümlich über den Kopfteil hinaus Zuvielbezahlten[5]) von Bedeutung wäre. Seit der Renaissance wurde vielfach, so insbesondere von Donellus ad Tit. C. De duob. reis cap. 13, behauptet, die Novelle beziehe sich nur auf den Fall, daß die

1) Vangerow, Pand. § 573 Anm. II. Z. 2 u. 3.

2) vgl. l. 7 D. 27, 8 verbis: aequius esse existimo pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.

3) vgl. Sintenis II. § 89 Note 47; Vangerow III. § 573 Anm. IV; Arndts § 215 Anm.; Windscheid § 293 Note 10; Dernburg, Pand. II. § 73 Note 3; Griesinger, Kommentar zum württemb. Landrecht Band I. S. 188 Note a.

4) Aus der Praxis sind dafür die Entscheidungen des O.A.G. Darmstadt vom 10. Okt. 1840 u 21. Jan. 1859 in Seuff. Archiv XII. Nr. 336 u. XIII. Nr. 95.

5) Sintenis II. § 89 N. 49.

mehreren Korrealschuldner sich gegenseitig verbürgt haben, welcher Ansicht auch Savigny[1]) ist. Die neuere gemeine Meinung dagegen bezieht die nov. 99 auf alle Fälle einer durch ausdrückliche Verabredung begründeten solidarischen Verpflichtung[2]). Vangerow und Windscheid beziehen die Novelle auf den Fall, daß von mehreren vertragsmäßigen Korrealschuldnern die Schuld den einzelnen materiell nur zu seinem Teile angeht. M. E. spricht Justinian zunächst von dem Fall, wo mehrere, ohne Korrealschuldner werden zu wollen, eine gemeinsame Schuld kontrahieren und sich gegenseitig verbürgen; für diesen Fall verweist er auf die nov. 4, d. h. es kann jeder bloß auf den Teil belangt werden, der ihn als Hauptschuldner trifft, während er im übrigen das beneficium excussionis hat; wenn aber, fährt der Kaiser fort, und hierin liegt die von ihm nach der Vorrede beabsichtigte Ergänzung der nov. 4, die mehreren, die eine gemeinsame Schuld kontrahieren und sich gegenseitig verbürgen, ausdrücklich erklären, auf das Ganze haften zu wollen, wenn sie also nach unserem Sprachgebrauch eine Selbstschuldnerbürgschaft hinsichtlich der sie nicht schon prinzipaliter treffenden Teile eingehen, so soll doch das starre Recht der Korrealobligation nicht sofort zur Anwendung kommen; der Kaiser mildert es vielmehr durch eine prozessuale Bestimmung, indem er anordnet, daß, wenn der Gläubiger einen der Selbstschuldnerbürgen „auf das Ganze belangt hat, der Richter von Amtswegen verpflichtet ist, auch die übrigen nicht mitbeklagten, aber anwesenden Schuldner in den Prozeß hereinzuziehen, die Sache gegen alle gemeinschaftlich zu erörtern, auch die Zahlungsfähigkeit aller zu untersuchen und danach durch eine gemeinschaftliche Sentenz die sämtlichen anwesenden Korrealschuldner, soweit sie als zahlungsfähig befunden sind, anteilmäßig zur Bezahlung der eingeklagten Schuld zu verurteilen[3]).

1) Obl. Recht Band I. S. 279.

2) Dafür Erk. des O.A.G. zu Lübeck vom 12. März 1870 in Seuff. A. XXV. Nr. 25 III.

3) E. des R.G. XII. S. 221.

Justinian hat also nicht, wie Sintenis meint, die epistola divi Hadriani beseitigt; er hat auch nicht ein neues materiellrechtliches beneficium divisionis eingeführt; er hat vielmehr für Fälle, wo ein Verzicht auf das beneficium divisionis ex epistola d. H. vorliegt, die Lage der Bürgen durch prozessuale Bestimmungen erträglicher gemacht[1]). Das justinianische Recht ist also nicht, um den Ausdruck von Sintenis zu gebrauchen, buntscheckig, wie es nach Windscheids Lehre[2]) allerdings erscheint; denn dieser wendet auf die mehreren Bürgen, welche für dieselbe Schuld eingetreten sind, das alte Recht der epistola divi Hadriani an, während er für „den vertragsmäßigen Korrealschuldner, welchen die Schuld materiell nur zu seinem Teil angeht, ein anderes beneficium divisionis nach den Grundsätzen der novella 4 caput 1 aufstellen will und dementsprechend im letzteren Fall dem Schuldner die Befugnis zuspricht, die Belangung des Mitschuldners zu fordern, auch ohne daß er den Beweis der Zahlungsfähigkeit desselben führen müßte.

Ist aber in der nov. 99 lediglich eine prozessuale Vorschrift, die Beiziehung der anwesenden Mitschuldner zum Prozeß von Amtswegen, enthalten, so ist die nov. 99 h. z. T., weil mit unserem Prozeßrecht unvereinbar, nicht mehr praktisch, wie das Reichsgericht in seinem Urteil vom 30. Januar 1885 ausgesprochen hat[3]).

Es mag an dieser Stelle bemerkt werden, daß der Entwurf e. d. Gesetzbuchs f. d. d. R. eine Einrede der Teilung bei einer Mehrheit von Gesamtschuldnern oder Bürgen nicht kennt. (§§ 324 und 673 des Entwurfs).

Was die prozessuale Geltendmachung des beneficium divi-

1) vgl Windscheid, Pand. § 478 Note 7, § 479 Note 7a.

2) Windscheid, Pand. § 293 Note 10.

3) E. des R.G. XII. S. 219 Ebenso Dernburg, Pand. II. § 73 Note 3. Dagegen Windscheid § 293 Note 10 und neuestens Hellmann im Archiv für zivilist. Praxis Band 78 S. 387.

sionis anbelangt, so macht Dernburg[1]) mit Recht darauf aufmerksam, daß eine Beweisaufnahme darüber, ob die Mitbürgen des Verklagten solvent sind, vom Uebel ist; denn diese Frage ist oft sehr zweifelhaft und löst sich bei der Zwangsvollstreckung von selbst; dagegen erscheint es angesichts der in Betracht kommenden Stellen: l. 10 pr. und l. 28 D. h. t. 46, 1, sehr fraglich, ob seine Ansicht richtig ist: es könne der aufs Ganze in Anspruch genommene Beklagte, wenn der Gläubiger die Solvenz der Mitbürgen leugnet, die Einrede der Teilung nur dadurch aufrechterhalten, daß er sich zur Sicherstellung für den Ausfall erbietet, welchen der Gläubiger bei den Mitbürgen im Falle der Teilung erleiden könne. Es wäre das in vielen Fällen eine arge Zumutung für den Beklagten. Es hat vielmehr der Beklagte die Wahl, ob er die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen nachweisen will[2]) (l. 28 D. h. t.) oder ob er den Gläubiger hinsichtlich der Kopfteile der Mitbürgen durch Sicherheitsleistung auf den Weg der Vorausklage weisen will (l. 10 pr. D. h. t.[3]). Beide Stellen sind als gleichberechtigt in Justinians Kompilation aufgenommen. Und zwar kommt es nach dem Grundsatz des heutigen Prozeßrechts, wenn nicht schon nach l. 10 § 1 C. h. t. 8, 40[4]) für den Beweis der Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen nicht mehr auf den Moment der Litiskontestation, sondern auf den Schluß der mündlichen Verhandlung an[5]).

2. In Württemberg gilt das gemeine Recht als subsidiäres; es gilt darum auch der Grundsatz, daß das beneficium divisionis nur dilatorische und nicht peremptorische Wirkung hat.

Das württembergische Landrecht hat nur eine von ge-

---

1) Pand. II. § 81 Note 9.

2) s. Erk. des O.A.G. zu Lübeck vom 12. März 1870 im Seuff. Arch. XXV. Nr. 25 V.

3) vgl. Windscheid, Pand. § 479 Note 3—5.

4) verbis: ante condemnationem; vgl. Dernburg II. § 81 Note 9.

5) vgl. dazu Sintenis II. § 89 Note 47 am Anfang und am Ende.

meinem Recht abweichende Sonderbestimmung getroffen [1]); es hat in Abänderung der novella 99 bestimmt, daß Bürgen, die „einer für den andern sich verschrieben,“ sogen. Selbstschuldnerbürgen, die Einrede der Teilung nicht haben sollen.

Das Pfandgesetz vom 15. April 1825 und das Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843 bestimmen in Art. 235 bezw. in Art. 70 Abs. 2 für Versehen der Unterpfandsbehörde in Unterpfandssachen, bezw. für Versehen der Vormundschaftsbehörde in Pflegschaftssachen, „dem Beschädigten stehe zwar frei, jedes der beteiligten Mitglieder der Behörde mit Uebergehung der anderen auf das Ganze zu belangen, es könne jedoch der Beklagte, wofern er nicht einer betrüglichen Handlung überwiesen sei, der Einrede der Teilung solange und soweit sich bedienen, als die übrigen Schuldhaften zahlungsfähig seien.“ Es sollte hiemit gemeines Recht wiederholt werden [2]). Der aufs Ganze in Anspruch genommene Beklagte hat daher die zur Begründung der Einrede dienende Thatsache zu behaupten und zu beweisen, daß die anderen Haftenden zahlungsfähig seien. Bestreitet der Kläger die Zahlungsfähigkeit derselben, so frägt es sich, ob Beweis zu erheben ist. Um dem Uebelstand einer solchen Beweisaufnahme zu entgehen, wird der Richter — abgesehen davon, daß nicht jedes Bezweifeln der Zahlungsfähigkeit als ernstliches Bestreiten aufzufassen ist — in verständiger Würdigung der Verhältnisse in vielen Fällen ohne weiteres gemäß § 259 C.P.O. Zahlungsfähigkeit annehmen dürfen. Voraussetzung ist dabei, daß noch nicht in anderen Sachen bei den Mitzubelangenden fruchtlose Zwangsvollstreckung vorgenommen worden ist. Hievon ausgehend hat das Landgericht Ravensburg in dem Eingangs referierten Fall von einer Beweisaufnahme abgesehen und sämtliche Beklagte bloß auf ihre Kopfteile verurteilt mit der Begründung, daß von klägerischer Seite nicht

1) Landrecht II. Titel 5 §§ 3 u. 4.

2) Bolley, Anmerkungen zum Pfandgesetz Art 235; Kappler, Erläuterungen zum Notariatsgesetz § 161. Die in Art. 236 u. 237 des Pfandgesetzes eingeführten Singularitäten des Pfandwesens können hier übergangen werden.

vorgebracht sei, daß schon in anderen Sachen bei dem betreffenden Beklagten fruchtlos Zwangsvollstreckung vorgenommen worden sei. Irrt sich der Richter, so hat der Kläger keinen materiellen Schaden, sondern bei dem Grundsatz, daß die Teilungseinrede nur dilatorisch ist, nur die Unbequemlichkeit einer Nachklage. Die Einrede der Vorausklage der l. 10 pr. D. h. t. 46, 1 kann nach dem Wortlaut des Art. 235 bezw. Art. 70 Abs. 2 dem Beklagten nicht zugestanden werden. Die Einrede muß selbstverständlich dem Wesen des Prozesses entsprechend in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden; der Wortlaut des Gesetzes („solange") darf den Richter nicht verleiten, die Durchführung der Einrede dem Zwangsvollstreckungsverfahren zu überlassen, etwa durch Verurteilung sämtlicher Beklagten „aufs Ganze je unter aushilfsweiser Haftung eines jeden für die Quoten der anderen."

Hätte sich in dem Eingangs referierten Falle im Prozeß ergeben, daß der eine der Beklagten zahlungsunfähig ist, so wäre der Schaden auf die anderen umzulegen gewesen; die Klage gegen den Zahlungsunfähigen wäre aber nicht abzuweisen gewesen, sondern dieser wäre trotzdem in solidum zu verurteilen gewesen. Denn die Einrede der Teilung hebt die Haftung aufs Ganze nicht auf, sondern bewirkt, daß der Beklagte nur auf seinen Kopfteil haftet, wenn Teilung mit anderen möglich und es daher unbillig ist, ihn aufs Ganze zu verurteilen. Stellt sich im Prozeß heraus, daß der Beklagte schon deshalb mit anderen nicht teilen kann, weil er selbst nicht die Mittel hat, einen Teil auf sich zu nehmen, so versagt die Einrede der Teilung und es kommt das starre Recht der Solidarobligation zur Geltung [1]). Treibt der Gläubiger trotzdem durch

---

1) Diese Ansicht wird mit Grund zu beanstanden sein. Denn nach dem Gesetz ist die Einrede der Teilung begründet, wenn die Mitschuldner zahlungsfähig sind, und es kann in diesem Falle derjenige, welcher die Einrede vorschützt, verlangen, daß er nur zu einem Kopfteil verurteilt wird. Der Umstand, daß der letztere zahlungsunfähig ist, berechtigt den Gläubiger, die Mitschuldner wegen des Ausfalls bei dem Zahlungsunfähigen, dagegen ist er nicht befugt, diesen, wenn jene Vor-

Zwangsvollstreckung etwas von ihm bei, so kommt dies selbstverständlich den anderen Beklagten zu gut.

X.

Werden auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen durch Einschreibung auf den Namen in gewöhnliche Schuldurkunden verwandelt?

Von L.G.-Rat Th. Pfizer in Stuttgart.

Die in der Ueberschrift gestellte Frage ist durch ein Urteil des früheren Obertribunals in S. Kaufmann gegen Grözinger vom 18./19. Mai 1870 (abgedruckt im Württ. Archiv Bd. 14 S. 124—136) bejaht worden (übrigens, wie das Beratungsprotokoll ergiebt, nur mit 3 gegen 2 Stimmen, und indem der für die Bejahung stimmende Vorsitzende die Zweifelhaftigkeit der Entscheidung anerkannte und die an sich mögliche Annahme, daß der inskribierte Staatsschuldschein weder ein Inhaberpapier, noch ein gewöhnlicher Schuldschein, vielmehr ein eigenartiges Wertpapier sei, nur deshalb ablehnte, weil hiefür feststehende Rechtssätze und eine feste Praxis fehlen). Durch einen konkreten Fall hat Einsender die Richtigkeit der erwähnten Obertribunal-Entscheidung neuerdings zu prüfen sich veranlaßt gesehen und ist zu einem von dieser Entscheidung abweichenden Ergebnis gelangt, das er im folgenden darzulegen sich gestattet, weil die Frage nicht gar selten praktisch werden kann.

In dem genannten Fall, der erledigt wurde, ohne daß die hier erörterte Frage zu entscheiden war, lag im wesentlichen folgender Sachverhalt vor: E. W. hatte eine auf ihren Namen eingeschriebene Stuttgarter Stadt-Obligation über 2000 Mk. behufs Entlassung ihrer Mutter aus der Untersuchungshaft bei der Kasse des Landgerichts N. hinterlegt und hierauf 500 Mk. von dieser Kaution einem Gläubiger mittels

aussetzung der Einrede der Teilung zutrifft, auf das Ganze in Anspruch zu nehmen. Anm. d. Red.

einer besonderen Cessionsurkunde abgetreten. Später wurde „der Anspruch der C. W. auf Herausgabe der Obligation nach Freiwerden der Sicherheit“ zu Gunsten mehrerer Gläubiger durch Beschlüsse des zuständigen Amtsgerichts gepfändet für Forderungen, welche 2000 Mk. überstiegen. Es entstand nun ein Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger H., dem die 500 Mk. abgetreten waren, und dem Pfändungspfandgläubiger, der nicht zur Befriedigung gelangte, wenn von dem Erlös aus der Obligation 500 Mk. an H. auszufolgen waren, und es erhoben sich die Fragen: 1) ist die Cession der 500 Mk. und 2) sind die Pfändungen rechtsgültig erfolgt?

Wenn, wie das Obertribunal angenommen hat, eine auf den Inhaber lautende Schuldverschreibung, also insbesondere eine auf den Inhaber lautende Staats- oder Stadt-Obligation, durch Einschreibung auf den Namen eine „gemeine Schuldurkunde“, ein „bloßes Beweismittel“ für eine Forderung wird, so kann letztere nach den Grundsätzen des Obligationenrechts, also im Weg schriftlicher oder mündlicher Cession ohne Uebergabe des Schuldscheins, übertragen werden, wie dies das Obertribunal a. a. O. ausgeführt hat; dann muß aber auch ein Teil des Betrags, auf den die Obligation lautet, in gleicher Weise übertragen werden können, denn daß Forderungen teilweise abgetreten werden können, unterliegt keinem Zweifel. Die Cession der 500 Mk. an H. wäre also gültig erfolgt: die C. W. hätte von einer ihr gegen die Stadt Stuttgart zustehenden Forderung von 2000 M., worüber ein Schuldschein ausgestellt war, einen Teilbetrag von 500 Mk. an H. abgetreten. Dagegen wären die amtsgerichtlichen Pfändungsbeschlüsse ungültig bezw. unwirksam, denn es handelte sich von diesem Standpunkt aus um die Pfändung einer Geldforderung (§ 729 C.P.O.), nicht um Pfändung eines Anspruchs, der die Herausgabe einer körperlichen Sache zum Gegenstand hatte (§ 745 C.P.O.); die Obligation kam nicht als Träger einer Forderung, sondern nur als Beweismittel für eine solche in Betracht, die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe eines Darlehensschuldscheins bewirkt aber nicht die Pfändung der Darlehensforderung;

wenn ein Inhaberpapier durch Außerkurssetzung (Einschreibung auf Namen) zu einem einfachen, durch Cession übertragbaren Forderungsrecht wird, so finden auf die Pfändung nicht die Vorschriften über Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen, insbesondere nicht die §§ 722—24 C.P.O., Anwendung, sondern die Vorschriften über Zwangsvollstreckung in Forderungen [1]). Handelt es sich also z. B. um Pfändung eines auf Namen eingeschriebenen württ. Staatsschuldscheins, so könnte dieselbe nicht durch den Gerichtsvollzieher gemäß §§ 712, 722 ff. C.P.O. geschehen, sondern nur durch das Vollstreckungsgericht gemäß §§ 729 ff. C.P.O.: das Amtsgericht müßte der Staatsschuldenzahlungskasse verbieten, an den Schuldner zu zahlen; die Wegnahme der Obligation würde deren bisherigen Inhaber nicht hindern, die Forderung an einen Dritten rechtswirksam abzutreten, denn die Wegnahme eines Darlehensschuldscheins hindert die Cession der Darlehensforderung nicht.

Es leuchtet ein, daß hienach der Standpunkt, wonach das Inhaberpapier durch die Einschreibung auf Namen zum bloßen Beweismittel (Schuldschein) herabsinkt, in der Praxis zu allerhand Verwicklungen und Schwierigkeiten Anlaß geben kann, welche nicht entstehen, wenn das Papier nach wie vor Träger einer an dasselbe geknüpften Forderung, eine Sache, welche Vermögenswert hat, ein „Wertpapier" bleibt. Und für diese letztere Auffassung sprechen m. E. überwiegende Gründe.

Daß ein auf den Namen eingeschriebenes Wertpapier kein Inhaberpapier mehr ist, versteht sich von selbst. Daraus folgt aber nicht, daß es nun ein gewöhnlicher Schuldschein, eine bloße Beweisurkunde geworden ist. Die Inhaberpapiere sind eine Klasse von Wertpapieren [2]). Nach richtiger und heutzutage herrschender Meinung sind die Wertpapiere keine bloßen

1) So richtig: Gaupp: Kommentar zur C.P.O., 2. Aufl., bei Note 4 zu § 723.

2) Vgl. Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsrechts II. S. 142; hier ist bemerkt, daß „einige die Wertpapiere in den Order- und Inhaberpapieren aufgehen" lassen, „während die große Mehrzahl auch schlichte Namenpapiere — als Wertpapiere gelten läßt."

Beweisurkunden. Wertpapiere sind „Urkunden über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunden privatrechtlich bedingt ist[1])", oder „Schrifturkunden, welche bei der Verwertung eines privatrechtlichen Anspruchs privatrechtlich von wesentlicher Bedeutung sind"[2]). Sie sind Sachen, Wertobjekte, „die durch den an sie geknüpften Anspruch" (nicht durch ihre Beweiskraft) „wertvoll sind, Wert haben und zur Verwertung dieses Anspruchs wesentlich sind", sie sind „die Träger der Obligation, in ihnen ist die obligatorische Verpflichtung verkörpert", „es ist nicht eine beweisrechtliche, sondern eine civilrechtliche Funktion, welche sie charakterisiert[3])."

Mit Recht hat denn auch in dem obenerwähnten Fall das Landgericht die von der E. W. übergebene Stuttgarter Stadt-Obligation für ein Wertpapier angesehen, obwohl sie auf Namen eingeschrieben war, und hat demgemäß (vgl. § 118 St.P.O., § 101 C.P.O.) zugelassen, daß mittels deren Hinterlegung Sicherheit geleistet wurde: eine Sicherheitsleistung durch Hinterlegung bloßer Beweisurkunden (z. B. gewöhnlicher Darlehensschuldscheine) wäre nach den angeführten Gesetzesstellen unzulässig. Wenn E.B.G.B. § 201 (vgl. Motive hiezu I. S. 390) bestimmt: „Wertpapiere sind zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten", so ist auch hier die Wertpapier-Eigenschaft der auf Namen eingeschriebenen Inhaberpapiere anerkannt. (Gegen die Ansicht Thöls, daß auch gewöhnliche Darlehensschuldscheine Wertpapiere seien, ist mit Recht bemerkt worden, daß diese Ausdehnung des Begriffs dem allgemeinen Sprachgebrauch zuwiderlaufe[4]).

1) Brunner a. a. O. S. 147; vgl. Gierke in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 29 S. 254—55.

2) Gareis und Fuchsberger, Kommentar zum H.G.B. Anm. 9 zu Art. 271.

3) Brunner a. a. O., Gareis und Fuchsberger a. a. O., Kuntze, Inhaberpapiere S. 464 ff.; Stobbe: Deutsches Pr.R. 2. Aufl. § 173 XI, § 180 Z. 3, R.G. Bd. 3 S. 154, Bd. 8 S. 111 a. E. S. 375.

4) Thöl, H.G.R. 6. Aufl. § 211 i. A. u. Note 7; Brunner a. a. O. S. 143.

Ein auf den Namen eingeschriebener Staatsschuldschein (oder sonstige Schuldverschreibung) steht rechtlich einem von Anfang an auf den Namen gestellten Staatsschuldschein (Wertpapier) gleich[1]; durch die Einschreibung auf Namen verlieren solche Papiere zwar die Eigenschaft von Wertpapieren auf Inhaber, nicht aber die von Wertpapieren: denn die durch die Einschreibung bewirkte Veränderung der rechtlichen Natur des Papiers darf nicht weiter ausgedehnt werden, als durch das Wesen der Einschreibung bedingt ist. Wenn mit der Annahme auszukommen ist, daß die Einschreibung die Schuldverschreibung zu einem Gegenstand macht, der einer andern Klasse derselben Gattung von Dingen zugehört, so ist die Annahme zurückzuweisen, daß durch die Einschreibung die Schuldverschreibung ein in eine ganz andere Gattung von Dingen, unter einen ganz andern Rechtsbegriff fallender Gegenstand, aus einem Wertpapier ein bloßes Beweisdokument geworden ist[2]). Die Umwandlung eines Inhaberpapiers in ein auf Namen lautendes („Rekta")-Papier erfolgt zum Zweck der Sicherung des Rechts des Papier-Eigentümers, um der Gefahr vorzubeugen, daß durch den Verlust des Papiers das damit verknüpfte Recht für ihn verloren geht, indem ein unberechtigter Besitzer das Recht aus dem Papier geltend macht oder das Papier an einen gutgläubigen Erwerber veräußert[3]). Dieser Zweck wird vollständig dadurch erreicht, daß der Schuldner nur befreit wird, wenn er an denjenigen zahlt, auf dessen Namen das Papier eingeschrieben ist oder der nachweisen kann, daß die Rechte des Letzteren auf ihn übergegangen sind, und daß bei unfreiwilligem Besitzverlust der Berechtigte das auf seinen Namen eingeschriebene Papier von jedem gutgläubigen Inhaber vindizieren kann. Nicht notwendig zur Erreichung jenes Sicherungszwecks ist es dagegen, daß das Inhaberpapier

1) Brunner a. a. O. S. 214; Motive zu § 700 E.B.G.B. II. S. 715, 717.

2) Vgl. Kuntze, Inhaberpapiere S. 566.

3) Brunner a. a. O. S. 214; Kuntze a. a. O. S. 564; Motive zum E.B.G.B. II. S. 713—14.

zufolge der Einschreibung auf Namen seine bisherige rechtliche Natur so weit abstreift, daß die Uebertragung des mit der Urkunde verknüpften Forderungsrechts nunmehr ganz unabhängig von der Uebertragung des Papiers erfolgt, die Urkunde von einem Träger der Forderung, einer „civilistischen Potenz" (Kuntze) zu einem bloßen Beweisdokument herabsinkt. Ist aber eine so weitgehende Umwandlung des Charakters des Inhaberpapiers vermittelst dessen Einschreibung auf Namen durch den Zweck dieses Rechtsinstituts nicht gefordert, so ist sie auch nicht anzunehmen, wofern nicht die Bestimmungen des positiven Rechts dazu zwingen, was in Württemberg — wie unten gezeigt werden wird — nicht der Fall ist. So hat auch das Reichsgericht ausgesprochen[1]): „Sind — die in Frage stehenden Aktien gültig außer Kurs gesetzt, so ist allerdings die Folge nicht die, daß sie nunmehr nur den Wert von Beweisdokumenten hätten, wie der Appellrichter annimmt, vielmehr bleiben sie immerhin die Träger der Aktienrechte".

Hieraus folgt, daß bei einem auf Namen eingeschriebenen Wertpapier die Uebertragung des an die Urkunde geknüpften Rechts ohne Uebertragung der Urkunde so wenig möglich ist, als — nach der zutreffenden Ausführung des Obertribunals a. a. O. — bei einem Inhaberpapier. Denn es handelt sich nicht um Uebertragung einer bloßen Forderung, sondern um Uebertragung einer Sache, eines Papiers, an das ein Forderungsrecht geknüpft ist: „zur vollwirksamen Uebertragung des Rechts ist stets die Uebergabe des Papiers nötig"; „da die Forderung ohne das Papier nicht geltend gemacht werden kann, so ist die Cession" (eines Rektapapiers) „unvollkommen, so lange dem Cessionar das Papier nicht ausgehändigt worden[2])". So geht denn auch die Civilprozeßordnung davon aus, daß in Ermangelung abweichender partikularrechtlicher Normen In-

1) R.G. 4 Nr. 41 S. 104 unten.

2) **Brunner** a. a. O. S. 149, 179; vgl. **Kuntze** a. a. O. S. 566; **Stobbe** a. a. O. S. 138 oben vgl. mit § 180 S. 214 Nr. 9; **Gierke** a. a. O. S. 254—56; s. auch bez. Cession von Wechselforderungen R.O.H.G. 11 S. 253).

haberpapiere, die durch Einschreibung auf den Namen oder auf andere Weise außer Kurs gesetzt sind, Wertpapiere und nicht bloße Beweisurkunden sind und behandelt deren Pfändung als Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen, nicht als Zwangsvollstreckung in Forderungen (§§ 723, 724 C.P.O.).

Zwischen einer auf den Inhaber lautenden und einer auf Namen eingeschriebenen Staatsschuldverschreibung u. s. w. besteht also, was die Uebertragung der mit dem Papier verknüpften Forderung betrifft, nicht der Unterschied, daß bei dem Inhaberpapier diese Uebertragung in den Formen der Sachen-Uebertragung, durch Aushändigung des Papiers, erfolgt, bei dem Namenpapier dagegen in den Formen der Forderungsabtretung; vielmehr ist im Verhältnis zwischen dem Uebertragenden und demjenigen, welchem übertragen wird, in beiden Fällen sowohl Abtretung des mit der Urkunde verknüpften Rechts als Aushändigung des Papiers (Uebertragung des Eigentums an der mit dem Papier verknüpften Forderung mittels Uebertragung des Eigentums an dem Papier) erforderlich; während aber bei Uebertragung eines Inhaberpapiers dessen Besitz zur Legitimation des Inhabers gegenüber dem Schuldner genügt, ist bei Uebertragung eines Namenpapiers der neue Inhaber nur dann in der Lage, die Rechte aus dem Papier geltend zu machen (bezw. dasselbe weiter zu veräußern), wenn er den Nachweis zu liefern vermag, daß ihm das Papier von dem laut der Einschreibung hiezu Berechtigten zu Eigentum übergeben worden ist.

Für auf Namen eingeschriebene württembergische Staatsschuldscheine gelten keine anderen Grundsätze als die im bisherigen erörterten[1]). Schon der Umstand, daß dieselben die Klausel enthalten, es werde nur gegen Zurückgabe der Schuldverschreibung bezahlt, weist auf die Verknüpfung der Forderung mit der Urkunde hin, die durch die Einschreibung auf Namen nicht aufgehoben wird; das Obertribunal hat dieser Bestimmung allerdings nur einen „rechtspolizeilichen Charakter"

1) A. A. das Obertribunal a. a. O. S. 131 ff. und im Anschluß hieran Gaupp a. a. O. bei u. in Note 4 zu § 723 C.P.O.

beigelegt, zutreffender dürfte es aber sein, hierin den terminus technicus der modernen Skriptur-Obligation (vgl. beim Wechsel die Worte „gegen diesen Wechsel") zu finden. Das Gesetz vom 16. September 1852, betr. die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine, enthält so wenig als das an seine Stelle getretene vom 18. August 1879 irgend eine Bestimmung, aus der abgeleitet werden könnte, daß auf den Namen eingeschriebene Staatsschuldscheine die Eigenschaft von Wertpapieren verlieren und bloße Beweisurkunden werden: denn die Bestimmung des Art. 17 (bezw. jetzt 19): „So lange ein Staatsschuldschein, welcher auf den Inhaber lautet, auf Namen eingeschrieben ist, findet das gegenwärtige Gesetz auf denselben keine Anwendung, namentlich unterliegt er, wenn er dem Eigentümer abhanden kommt, gleich den sonstigen auf Namen gestellten Staatsschuldscheinen dem gewöhnlichen Aufgebotsverfahren" —, diese Bestimmung rechtfertigt sich schon dann, wenn — wie oben hervorgehoben wurde — der Schuldverschreibung durch die Einschreibung auf Namen nur der Charakter eines Inhaberpapiers, nicht auch der eines Wertpapiers entzogen wird. Nun ist allerdings in den Motiven zu diesem Art. 17 (jetzt 19) gesagt: die Vorschrift dieses Artikels ergebe sich aus der allgemeinen Betrachtung, daß Scheine, die ursprünglich auf den Inhaber lauten, so bald und so lange sie auf Namen gestellt seien, die rechtliche Natur der Papiere au porteur völlig verlieren und in allen Beziehungen wie gewöhnliche Schuldscheine zu beurteilen seien. Allein dieser — in seinem ersten Teil ganz richtige — Satz enthält in seinen Schlußworten lediglich eine durchaus unmaßgebliche Rechtsansicht des Verfassers der Motive bezw. des einen Gesetzgebungsfaktors, eine Ansicht, die auch dadurch nicht zum Gesetz geworden wäre, wenn die beiden Kammern sie (stillschweigend) gebilligt haben sollten: denn sie ist im Gesetz nirgends zum Ausdruck gelangt und keine Bestimmung des Gesetzes nötigt oder giebt auch nur Anlaß zu der Auffassung, daß die auf Namen eingeschriebene Staatsschuldscheine bloße Beweisurkunden sind. Daß aber Rechtsansichten, welche gelegentlich

einer Gesetzesberatung von den gesetzgebenden Faktoren geäußert worden sind, keine gesetzliche Geltung haben, bedarf keiner Ausführung.

Daß übrigens derzeit auch das Justizministerium nicht der Meinung ist, oder wenigstens 1879 nicht der Meinung war, die württ. Staatsschuldscheine streifen durch die Einschreibung auf Namen den Charakter von Wertpapieren ab und werden zu gewöhnlichen Schuldscheinen, läßt sich aus der Dienstanweisung für Gerichtsvollzieher vom 23. September 1879 entnehmen. Hier ist in § 63 gesagt: „In Ansehung der Zwangsvollstreckung gehören zu den beweglichen Sachen auch Wertpapiere auf Namen", und im letzten Absatz des § 83, der ebenfalls im Abschnitt betr. Zwangsvollstreckung in bewegliche körperliche Sachen steht, heißt es: „Bei den auf Namen lautenden Wertpapieren und bei Inhaberpapieren, welche außer Kurs gesetzt sind" liege dem Gerichtsvollzieher die Erwirkung der Umschreibung bezw. Wiedereinschreibung ob: nirgends findet sich eine Hinweisung darauf, daß auf Namen eingeschriebene württembergische Staatsschuldscheine als bloße Schuldscheine zu behandeln und demgemäß bei Pfändung der in ihnen verbrieften Forderungen nicht der Gerichtsvollzieher gemäß §§ 712 ff. C.P.O. thätig zu werden habe, vielmehr das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht gemäß §§ 729 ff. C.P.O. anzurufen sei.

Hienach ist nach der Meinung des Einsenders die in der Ueberschrift dieser Erörterung gestellte Frage zu verneinen, und es wäre in dem oben erwähnten Prozeß die Rechtswirksamkeit der Abtretung des Teilbetrags der Stuttgarter Stadtobligation zu verneinen, diejenige der amtsgerichtlichen Pfändungen des Anspruchs der E. W. auf Herausgabe der Obligation als eines Wertpapiers zu bejahen gewesen.

XI.

Ein Beitrag zu der Lehre von den Gewährleistungsklagen.

(Urteil der Civilkammer des Kgl. Landgerichts zu Rottweil vom 4. April 1893).

Von Landgerichtspräsident Dr. v. Lang in Rottweil.

Ueber die bei den Gewährleistungsklagen geltenden Rechtssätze sind in neuerer Zeit verschiedene Kontroversen aufgetaucht [1]) und dürfte es daher wohl gerechtfertigt sein, einen Fall zu veröffentlichen, bei welchem gerade alle diese Streitfragen zur Sprache kamen und welcher durch Urteil der Civilkammer des Kgl. Landgerichts Rottweil vom 4. April 1893 unter Bestätigung des die Klage abweisenden Urteils I. Instanz entschieden wurde. — Der Thatbestand ist folgender:

Am 27. Oktober 1892 kaufte der Kläger U. von dem Beklagten M. eine 5 Jahre alte, trächtige Kuh, Gelbscheck mit einem Schlapphorn, um die Summe von 175 Mk. 50 Pf. auf stet und fest mit dem Beding, daß der Beklagte die Kuh am 11. November dem Kläger auf den Viehmarkt zu Sp. zu überbringen und zu übergeben habe, und unter Zahlung eines Aufgelds von 1 Mk. Am 11. November wurde sodann diese Kuh dem Kläger zu Sp. gegen Zahlung des restlichen Kaufpreises von 174 Mk. 50 Pf. übergeben. Am 16. Novbr. 1892 verkaufte der Kläger diese Kuh weiter an den Fr. W. in S. um die Summe von 220 Mk. und wurde diese Kuh auch sofort übergeben und von dem Käufer an dem Kaufschilling sofort 150 Mk. bar und 1 Mk. Trinkgeld bezahlt.

Am 22. November erschien der Käufer W. bei dem Amtsgericht B. und erhob Klage gegen U. dahin, der Beklagte habe

1) Vgl. z. B. bezüglich des württ. Rechts württ. Archiv XVIII. S. 1 ff., XXI. S. 1 ff., Gerichtsblatt XI, S. 267 ff, Boschers Zeitschr. XXXIV, S. 65 ff., 176 ff., 205 ff., 239 ff.

1. die an ihn am 16. November in S. verkaufte und von ihm übernommene Kuh, Gelbscheck, zurückzunehmen,
2. den Kaufpreisanteil von 150 Mk. und 1 Mk. Trinkgeld an ihn zurückzuerstatten, indem der zwischen ihnen abgeschlossene Kaufvertrag aufzuheben sei,
3. sämtliche Prozeßkosten zu tragen,

und wurde zur Begründung gesagt: „So bald Kläger die Kuh in seinem Stalle gehabt habe, habe er bemerkt, daß dieselbe mit dem Hauptmangel des Scheidevorfalls behaftet sei, auch habe dies Oberamtstierarzt L. in S. nach seinem Zeugnis vom 18. November bestätigt".

Das mit vorgelegte Zeugnis des Oberamtstierarzts lautet:

„Der Unterzeichnete wurde von F. W., Weber hier, beauftragt, eine unterm 16. d. M. von S. U., Handelsmann aus H., zu dem Preis von 220 Mk. gekaufte, gelbscheckige, ca. 4 Jahre alte Kuh bezüglich des Hauptmangels „Scheidevorfall" zu untersuchen und zu begutachten. Auf Grund vorgenommener Untersuchung und Beobachtung wird hiemit bestätigt, daß die betr. Kuh einen beinahe faustgroßen Scheidevorfall besitzt, welcher zwischen den Schamlippen beim Liegen der Kuh hervortritt. Auch wird gleichzeitig festgestellt, daß die Kuh diesen Mangel jedenfalls schon zur Zeit des Kaufes besessen hat. Z. B.

S., den 18. Novbr. 1892.

O.A.Tierarzt L."

Das Amtsgericht beraumte Termin auf den 2. Dezbr. an. Schon am 24. November kam aber folgendes Schreiben des Klägers ein:

„S., den 23. Novbr. 1892.

Ich nehme die Gewährschaftsklage gegen S. U. zurück, indem S. U. die Kosten samt Kuh übernimmt. Bitte aber das tierärztliche Zeugnis aufzubewahren, weil es S. U. jedenfalls für seinen Verkäufer noch braucht.

Fr. W. jung."

und erschien dann im Termin niemand.

Am 29. November pr. 1. Dezember reichte der Kläger U. durch den bevollmächtigten Rechtsanwalt S. Klage gegen M. bei dem K. Amtsgericht Sp. ein, worin er zu erkennen bat, Beklagter sei kostenfällig schuldig

1. in die Aufhebung des mit dem Kläger am 27. Oktober l. J. über eine trächtige Kuh, ca. 5 Jahre alt, Gelbscheck mit einem Schlapphorn, abgeschlossenen Kaufvertrags einzuwilligen und
2. demzufolge die Kuh zurückzunehmen und an den Kläger 175 Mk. 50 Pf. nebst 5 % Prozeßzinsen hieraus zu zahlen,
3. die Kosten des vorausgegangenen Prozesses zu ersetzen[1]),

und wurde zur Begründung neben Anführung der obigen Thatsachen noch weiter gesagt: der Käufer W. habe, nachdem sich am 17. November der Mangel gezeigt habe, dies dem U. durch eingeschriebenen Brief vom 19. November mitgeteilt, worauf U. durch eingeschriebenen Brief vom 20. November dem M. von dieser Thatsache Mitteilung gemacht und ihn zur Zurücknahme der Kuh, sowie Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises aufgefordert habe. Zu gleicher Zeit habe aber W. dem U. auch die Klageschrift mit dem Zeugnisse des Oberamtstierarzts von B. zugestellt. Da nun der Kläger U. auf Grund dieses Zeugnisses keinen Zweifel gehabt habe, daß das Tier an dem Hauptmangel leide, so habe er am 23. November der Klage stattgegeben, die Kuh zurückgenommen und dem W. den von diesem bezahlten Kaufschilling zurückbezahlt; die Kosten des ebengenannten Prozesses, die aber Kläger zur Zeit der Höhe nach noch nicht kenne, müsse er ihm ebenfalls ersetzen. Am 28. November habe der Kläger den Beklagten nochmals zur Rücknahme der Kuh und Rückzahlung des für dieselbe gezahlten Kaufpreises aufgefordert, jedoch vergeblich. So sei diese Klage notwendig geworden.

In dem auf 14. Dezember anberaumten Termine erschien

---

1) Der weitere Anspruch auf Futter- und Transportkosten und die Parteivorbringen hierüber wurden als ohne Interesse weggelassen.

nur der Kläger U., welcher nachwies, daß Beklagter laut Urkunde des Postboten M. von Wehingen am 5. Dezember geladen worden sei, und das in der Klageschrift enthaltene Gesuch wiederholte. „Darauf aufmerksam gemacht, daß Art. 14 des Gesetzes vom 21. Dezember 1861 betreffend die Gewährleistung bei einigen Arten von Haustieren nur dem verurteilten Käufer das Recht einräume, seinen Vormann auf Gewährleistung zu belangen, mithin auf den Kläger nicht anwendbar sei, da dieser nach dem Inhalt der Klage selbst nicht verurteilt sei, hat derselbe bemerkt, wenn das Währschaftsgesetz nicht Anwendung finde, so greifen, da der fragliche Kauf ein absolutes Handelsgeschäft auf Seiten des Klägers sei, die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs Platz und zwar für beide Kontrahenten, nach diesen aber sei der Beklagte verpflichtet gewesen, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern, welcher Verpflichtung derselbe nicht nachgekommen sei, weshalb der Kläger Aufhebung des Vertrags verlangen könne, da die fragliche Kuh für ihn keinen Wert habe; übrigens sei es längst Praxis der Gerichte, den erwähnten Art. 14 auch dann anzuwenden, wenn der Mittelmann nicht verurteilt worden sei, sondern um seinem Vormann Kosten zu ersparen, der Klage stattgegeben habe."

Das Amtsgericht verkündete am 21. Dezember ein die Klage abweisendes Urteil.

Die Gründe zu dem die Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil zurückweisenden Urteil des Landgerichts Rottweil gehen dahin:

„§ 1. Der Kläger stützt seine Klage in erster Linie auf das Gesetz über die Gewährleistung bei einigen Arten von Haustieren vom $\frac{26.\ \text{Dezbr.}\ 1861}{4.\ \text{Febr.}\ 1862}$, in zweiter Linie aber auf die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Art. 335 und es ist daher zunächst auf die Frage einzugehen, ob, wie neuestens behauptet worden [1]), das Gewährschaftsgesetz bei allen Viehhändeln, welche als Handelsgeschäfte aufzufassen sind, überhaupt aus-

geschlossen sei, da es in diesem Falle auf das in § 2 ff. Ausgeführte gar nicht ankäme. — Daß nun der Verkauf von M. an U. ein Handelsgeschäft bildete, ist nicht zu bezweifeln, da U. ein gewerbsmäßiger Viehhändler ist, die Kuh kaufte, um sie weiter zu veräußern, dies auch wirklich that und daher auch das Geschäft gegenüber dem Verkäufer M. als Handelsgeschäft gilt [2]). Dagegen ist die Ansicht, daß hier nur das Handelsgesetz gelte, nicht begründet. Es ist schon ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß wenn ein neues Gesetz die Regeln des alten wiederholt, die Ausnahmebestimmungen des alten Gesetzes nicht aufgehoben sind [3]) und dies trifft auch hier zu; denn vor der Erlassung des Handelsgesetzbuchs bestanden schon Handelsgebräuche und auf deren Grund ein wenn gleich noch nicht kodifiziertes Handelsrecht (vgl. z. B. Thöl's Handelsrecht I. Auflage), woneben aber, da der Viehhandel nach seiner Natur noch strengere Formen verlangte, hinsichtlich des Verkehrs mit Vieh noch Spezialgesetze bestanden, und die Kodifizierung des Handelsrechts im Allgemeinen hat daher nicht zur Folge, daß solche Spezialgesetze aufgehoben wären [4]). Es wurde dies aber auch noch bei der Beratung und Beschlußfassung über das deutsche Handelsgesetzbuch ausdrücklich anerkannt, indem nicht nur der Art. 349 Abs. 3 die kürzeren Verjährungsfristen in besonderen Gesetzen bestehen läßt [5]), sondern namentlich auch in der Kommission anerkannt wurde, daß die Vorschriften des Art. 347 da, wo besondere Gewährschaftsgesetze bei Viehmängeln bestehen, nicht anwendbar seien [6]). Es ist also unter Verwerfung dieser Rechtsansicht zunächst darauf

1) Vgl. Boschers Zeitschrift XXXIV, S. 65 ff. und S. 205.

2) H.G.B. Art. 271 und 277.

3) Wächter, württ. Privatrecht II. S. 165.

4) Kübel im württ. Archiv XXI. S. 75; Stobbe, D. Pr. Recht III. S. 246.

5) Vgl. Cosak, Handelsrecht S. 150 („Viehhandel").

6) Vgl. Seuffert, Archiv XXXII. 72, XXXV. 153, XLIII. 139; Busch, Archiv XXXV. S. 348, Goldschmidt, Zeitschrift XXIV. S. 289 ff, Württ. Gerichtsblatt XI. S. 267 ff.

einzugehen, ob die Klage nach dem Gewährschaftsgesetz begründet und statthaft sei?

§ 2. Wäre die Ansicht der Civilkammer in Ulm, welche im württ. Archiv XVIII. S. 2 ff. ausgeführt worden ist, „der verurteilte Verkäufer könne seinen Vormann nur dann belangen, wenn gegen ihn selbst innerhalb der seinen eigenen Vormann bindenden Frist Klage erhoben worden sei", begründet, so wäre die Klage schon aus diesem Grunde nicht mehr statthaft. Denn die Gewährsfrist dauerte hier nur 8 Tage [1]), sie begann am 11. November zu laufen und endigte am 19. November, während die Klage des W. gegen U. erst am 22. November beim Amtsgericht B. einkam, jene Frist also verstrichen war. Allein jene Ansicht der Civilkammer in Ulm kann nicht für richtig angesehen werden, denn sie trägt etwas in das Gesetz hinein, was eben nicht darin steht, und auch aus dem allgemeinen Zusammenhang des Gesetzes, aus seinem Geist und Grundsatz kann man nicht diese beschränkende Auslegung folgern. Denn einmal kann man nicht annehmen, das Gesetz habe das Klagrecht des Mittelmanns gegen seinen Vormann von einer Bedingung abhängig machen wollen, deren Erfüllung gar nicht in seiner Macht stand; sodann aber wäre es in den Fällen der ganz kurzen Gewährsfristen fast nie möglich, daß dieser Fall einträte. Wenn die Gewährsfrist nur 8 Tage beträgt und der Käufer das Tier wieder weiter verkauft, so hat der (zweite) Käufer alle Mühe, nur innerhalb der für ihn laufenden Frist die Klage seinem Vormann zuzustellen oder die Frist nach Art. 6 zu wahren; daß aber wenn es ihm für seine Person gelingt, dies auch schon innerhalb der dem ersten Verkäufer laufenden Frist geschehen könnte, wird fast nie möglich sein, und so kann man doch nicht annehmen, das Gesetz habe eine Vorschrift, eine Norm festsetzen wollen, die nur in ganz ausnahmsweisen Glücksfällen eintreten würde [2]).

1) Ges. Art. 1, B. 1.

2) Vgl. auch das von Sarwey a. a. O. S. 28—30 Ausgeführte

§ 3. Gegen den von dem Unterrichter der Klage entgegengehaltenen und vom Beklagten auch acceptierten Rechtsgrund („daß nur für den verurteilten Verkäufer die Verlängerung der Frist zur Erhebung der Klage gelte") hat der Kläger verschiedenes vorgebracht:

a. Hat er sich auf den Rechtssatz „confessus pro judicato habetur", wonach also ein Anerkenntnis dem Urteil gleichstehe, berufen.

Wenn nun auch zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vom 26. Dezember 1861 (über die Gewähr der Hauptmängel) nach dem damals geltenden Civilprozeßrecht dieser Grundsatz allerdings noch galt, so daß bei einem unbedingten Stattgeben der Klage eine Verurteilung unterbleiben, sofort Zwangsvollstreckung eintreten konnte [1]), so ist doch dies beschränkt auf ein gerichtliches Geständnis (bezw. Anerkenntnis) [2].

Hier hat aber kein solches stattgefunden, sondern es hat nur der (damalige) Kläger (W.) schriftlich angezeigt, daß der (damalige) Beklagte (U.) der Klage stattgegeben habe, und hätte also auch nach früherem Recht ein solches außergerichtliches Geständnis (Anerkenntnis) nur als Beweismittel für die zu beantragende Verurteilung benützt werden können [3]). Man kann daher gänzlich unerörtert lassen, ob die Aenderung des früheren Rechts durch die württ. C.P.O. Art. 305 und die Reichscivilprozeßordnung, wornach ein Anerkenntnis nur dann einen Titel zur Zwangsvollstreckung bildet, wenn ein Urteil hierauf ergangen oder eine vollstreckbare Urkunde aufgenommen worden ist [4]), auch dahin wirke, daß jener Fall

1) Landrecht I. 25 § 3, I. 33 § 1; Wächter, württ. Pr.-Recht II. S. 519—20; Berner-Schäfer, S. 335 und die hier weiter Citierten, besonders Hufnagel, Mitt II. S. 528 ff.

2) l. 56, D. de re judicata, Landrecht I, 33 § 1: „so der Beklagte vor sitzendem Gericht eine Schuld . . . bekenntlich."

3) S. Landrecht I. 33 § 2—3; Berner-Schäfer S. 336 und die daselbst Citierten.

4) C.P.O. § 278, 648 Nr. 1, 702 Ziff. 5, württ. Ausführungsgesetz Art. 29.

der Gleichstellung eines gerichtlichen Anerkenntnisses nicht mehr möglich ist?

§ 4. Es ist nun zwar in der Literatur auch schon geltend gemacht worden, jene buchstäbliche Auslegung des Art. 14 des Gesetzes entspreche dem Sinne des Gesetzes nicht, es sei vielmehr eine ausdehnende Auslegung begründet[1]). Nun ist eine ausdehnende logische Auslegung dann möglich, wenn etwa der Wortlaut selbst zweifelhaft ist, oder wenn dies zwar nicht der Fall ist, aber doch aus der Entstehungsgeschichte, dem Grunde des Gesetzes, seinem Zusammenhange mit andern Gesetzen u. s. w. ersichtlich ist, daß der Gesetzgeber sich nicht genau ausdrückte, mehr (oder weniger) sagen wollte, als das Gesetz lautet[2]). Dagegen geht es über die Grenzen der logischen Auslegung hinaus, wenn das, was an die Stelle des Wortlauts gesetzt werden soll, mit diesem Wortlaut eben ganz unvereinbar ist, dies nicht darunter gefaßt und verstanden werden kann; es träte hier die Regel ein, daß der Gesetzgeber eben das nicht gesagt hätte, was er wollte[3]), und hier ist der Wortlaut des Gesetzes, daß der verurteilte Verkäufer innerhalb 14 Tagen von der Rechtskraft des Urteils an gegen seinen Auctor klagen könne, so absolut bestimmt, daß die Ausdehnung auf den Fall des Stattgebens auf dem Wege logischer Auslegung unmöglich ist.

§ 5. Damit ist übrigens die Frage noch nicht entschieden, denn es stünde immerhin noch die weitere Frage offen, ob nicht eine analoge Anwendung dieses Art. 14 auf andere Fälle durch Anwendung der Gesetzesanalogie möglich sei? Wäre nun die Ansicht Wächters[4]), daß diese Gesetzesanalogie nur dann anwendbar sei, wenn eine Lücke im Gesetze, der betreffende Fall gar nicht entschieden sei, richtig,

---

1) Württ. Archiv XVIII, S. 19 ff.

2) Wächter, württ. Privatrecht II. S. 138—42.

3) Vgl. Windscheid, § 21 zu Note 10; Savigny, System I. § 37 und 50 (bes. S. 238 und 321—22); württ. Archiv XVIII. S. 30 unten.

4) Württ. Pr.-Recht II. S. 54 ff.

so wäre diese Möglichkeit auch kurzweg zu beseitigen, denn eine Lücke liegt nicht vor. Das Gesetz schreibt als Regel die kurze Verjährungsfrist von 8 Tagen bis 4 Wochen vor und läßt nur ausnahmsweise für den Fall, wenn der Käufer das Stück Vieh selbst weiter verkauft hat und auf Klage seines Käufers zur Zurückgabe verurteilt worden ist, eine Klage auch nach jenen Fristen zu; der hier vorliegende Fall ist also im Gesetze wirklich entschieden, fällt eben unter die Regel des Gesetzes. Allein jene Ansicht Wächters ist nicht richtig, denn nur die Anwendung der Rechtsanalogie ist auf Fälle beschränkt, wo das Gesetz Lücken hat [1]), und mithin ist zu untersuchen, ob die analoge Anwendung des Art. 14 des Gesetzes auf unseren Fall gerechtfertigt ist.

Eine Gesetzesanalogie ist nun nur statthaft, wenn

a. der Grund, auf welchen sich das Gesetz stützt, auf einen weiteren nicht im Gesetz begriffenen Fall vollkommen paßt und

b. der Gesetzgeber nicht etwa absichtlich seine Vorschrift auf diesen Fall beschränkt hatte, vielmehr

c. anzunehmen ist, der Gesetzgeber würde, wenn er an diesen Fall gedacht hätte, ihn ebenso entschieden haben [2]).

Nun spricht hier schon das gegen die Anwendbarkeit der Gesetzesanalogie, daß Art. 14 eine Ausnahmsbestimmung enthält, bei solchen aber im Zweifel anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe die Vorschrift gerade hierauf beschränken wollen, dieselbe daher nicht analog ausgedehnt werden dürfe [3]).

Aber auch sonstige Gründe sprechen nicht für, sondern gegen die Ausdehnung der Vorschrift dieses Artikels 14.

Es ist eine Erfahrungsthatsache, daß die überwiegende Mehrzahl der Prozesse ohne Urteil (durch Vergleich, Stattgeben, Klagezurücknahme 2c.) ihre Erledigung findet; daß der Gesetzgeber aber so wenig überlegt haben sollte, um an diesen Fall gar nicht zu denken, kann man doch nicht annehmen.

1) S. Windscheid § 23.
2) Vgl. Wächter II. S. 54—59; auch Windscheid § 22.
3) Wächter, S. 59.

Hätte eine solche Ausdehnung in seinem Sinn gelegen, so wäre ganz nahe gelegen gewesen, sich so auszudrücken: „der Verkäufer, welcher auf Gewährleistung erfolgreich belangt worden sei, könne auch ohne vorgängige Streitverkündigung seinen Vormann belangen, sofern ꝛc.[1]), und daß der beschränkende Wortlaut gewählt worden ist, deutet auf Absicht hin.

Dies geht übrigens auch noch aus anderen Umständen hervor.

In den Motiven des Gesetzes ist sich zu diesem Artikel 14 auf die Erläuterung der badischen Regierung berufen, welche zur Rechtfertigung der Vorschrift, daß der Beweis nicht für den Nachprozeß bindend sein solle, anführte: „Sei einmal „der Beweis erhoben und auch für den Rückgriff „noch rechtzeitig geführt, so werde ein unbegründeter „Widerspruch von dem Rückgriffsbeklagten wohl kaum erhoben „werden oder leicht beseitigt werden, ein begründeter aber „müsse in jeder Beziehung gestattet bleiben[2]).“ — Es ist also hier ausdrücklich davon die Rede, daß ein Prozeß geführt und in diesem Beweis erhoben worden sein müsse, wobei also außergerichtliche Erledigung, wie hier der Fall ist, ganz ausgeschlossen ist.

Endlich trifft auch der Grund des Gesetzes hier nicht zu. Der (erste) Verkäufer muß sich gefallen lassen, daß auch nach Ablauf der kurzen Frist gegen ihn Klage erhoben werde, wenn der Hauptmangel sich bei seinem Käufer oder einem Nachmann erweislich innerhalb der Frist gezeigt hat, dann gerichtliche Klage erhoben worden ist, eine Beweisverfügung und Vernehmung von Sachverständigen (welche durch beide Parteien gewählt oder vom Gericht festgestellt wurden) stattgefunden hat (womit in der Regel auch eine Streitverkündigung an ihn erfolgen wird, worauf auch er bei dem Beweiseinzug sich beteiligen, sein Interesse wahren kann) und dann sein Verkäufer verurteilt wird, (wobei auch ihm meistens

1) S. württ. Archiv XVIII, 20.

2) Vgl. Weiß, Hauptmängel S. 57.

überlassen werden wird, ob er die Kosten einer Berufung tragen wolle). Dagegen braucht er sich das nicht gefallen zu lassen, daß der Streit ganz außergerichtlich erledigt werde und hiedurch das eintrete, was man ja durch das Gesetz über die Gewährleistung vermeiden wollte, nämlich das, daß der Verkäufer zu lange hafte und bei dem späten Beweiseinzug größere Schwierigkeit und Unsicherheit eintrete, der Verkäufer hiedurch in Nachteil kommen könne[1]), und auch das nicht, daß möglicherweise das ganze Verfahren nur ein Scheinverfahren ist, der zweite Verkäufer und Käufer sich vereinigen, daß eben der Prozeß gegen ihn (den ersten Verkäufer) geführt werden solle und zu diesem Zwecke, um der Vorschrift des Art. 14 scheinbar zu genügen, eine Klage eingereicht und dieser dann gleich stattgegeben wird (worauf z. B. im vorliegenden Falle das hindeutet, daß die Kuh noch in dem Stalle des zweiten Käufers steht, der [zweite] Verkäufer sie nicht wirklich zurückgenommen und auch selbst keine Erklärung, daß er sich hiezu verpflichte, zu den Akten gegeben hat).

§ 6. Gegen dieses Resultat ist in der angeführten Abhandlung[2]) nicht mit Ungrund geltend gemacht worden, daß hiedurch eigentlich ganz unnötige Kosten (welche zudem dem betreffenden ersten Käufer gar nicht ersetzt werden würden) verursacht werden. Allein in jenem im württ. Archiv angeführten Falle lag die Sache doch noch anders, denn es hatten nicht zwei, sondern drei Verkäufe stattgefunden. A. hatte das Tier an B., B. es an C., C. es an D. verkauft, D. hatte gegen C. geklagt und ein rechtskräftiges Urteil zu seinen Gunsten erlangt, und nun handelte es sich darum, ob auch B., um sein Regreßrecht gegen A. nehmen zu können, vorher auf Klage des C. verurteilt worden sein müsse, das Urteil nicht gegen sich gelten lassen dürfe. — Hier war also das, was das Gesetz und dessen Begründung verlangt (ein Urteil nach vorherigem Beweiseinzug) vorhanden, der (erste) Rückgriffsbeklagte würde durch ein Stattgeben ja

1) Weiß, S. 9, S. 45.
2) württ. Archiv XVIII, 20.

nur das thun, was die Begründung des Gesetzes von ihm erwartet (daß er nämlich keinen unbegründeten Widerspruch erhebe) und so könnte man in diesem Falle wohl sagen, daß die Gründe des Gesetzes passen und der Gesetzgeber an diesen speziellen Fall nicht gedacht hatte (wozu auch nur eine bei Erlassung von Gesetzen nicht wünschenswerte übermäßige Kasuistik hätte führen können). Im vorliegenden Falle aber trifft eben dies nicht zu, es wurde nur ein Gutachten von einem einseitig vom Kläger aufgestellten Sachverständigen vorgelegt und dann hat nicht einmal Beklagter selbst vor Gericht stattgegeben, sondern es hat auch wieder nur der Kläger angezeigt, Beklagter habe seinen Anspruch anerkannt, und bleibt es daher bei dem angeführten Resultate, daß die Klage aus dem Gesetz vom 12. Dezember 1871 zu spät erhoben wurde und daher abzuweisen ist.

§ 7. Eventuell sucht der Kläger seine Klage aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu halten, nämlich aus dem, daß das Geschäft ein Handelsgeschäft gewesen sei, Kläger nach Art. 335 des H.G.B. die Lieferung einer kaufmannsguten Ware von mittlerer Güte anzusprechen habe — und es würde in diesem Falle die Verjährung noch nicht abgelaufen sein [1]). Hiegegen hat der Beklagte, Berufungsbeklagte die Einrede der Klageänderung erhoben, welche an sich statthaft wäre (da der Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift entscheidend ist, C.P.O. § 235 Z. 3), jedoch nicht begründet ist. Denn wenn allerdings die Klage auf andere thatsächliche und Rechtsgründe gestützt zu sein scheint, so ist doch bei näherer Betrachtung ersteres nicht der Fall. Denn der Kläger behauptet, die Kuh habe zur Zeit des Verkaufs an ihn am Scheidevorfall gelitten und dies berechtige ihn zur Aufhebung des Kaufs; für letzteres werden allerdings zwei verschiedene Rechtsgründe geltend gemacht, nämlich in erster Linie die Vorschriften des Gewährschaftsgesetzes und in zweiter Linie Art. 335 des Handels-

1) Handelsgesetzbuch Art. 349.

gesetzbuchs, aber das, daß für dasselbe Klagegesuch auf Grund derselben Thatsachen zwei verschiedene Rechtsgründe geltend gemacht werden, bildet keine Klageänderung. Hätte der Kläger statt der eventuellen Kumulierung dieses Rechtsgrunds nach Abweisung der Klage unter Festhaltung derselben Thatsachen, desselben Erwerbsgrunds seines Rechts nur unter Berufung auf einen andern Rechtssatz eine neue Klage eingereicht, so würde ihm die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen [1]) und gerade das ist das beste Kennzeichen für die Frage, ob ein neues Vorbringen als eine Klageänderung anzusehen ist; ist es in einem neuen Prozeß ausgeschlossen (weil es im früheren hätte vorgebracht werden können und sollen), so kann es im ersten Prozesse noch nachgebracht werden, während dann, wenn diesem neuen Vorbringen in einem zweiten Prozesse nicht die Einrede der Rechtskraft entgegensteht, die Nachbringung dieses neuen Vorbringens in erster Instanz allerdings eine Klageänderung enthält [2]).

§ 8. Diese Klagebegründung ist nicht identisch mit der oben unter § 1 erörterten Frage, es handelt sich hier vielmehr darum, ob diejenigen Fragen, welche in dem Gesetz vom 17. Dezember 1861 nicht entschieden sind, und bezüglich deren daher die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sonstigen Gesetze eintreten (z. B. bei der Frage, ob die Parteien handlungsfähig seien, ob ein Kauf wirklich zu Stande gekommen sei u. s. w.) nur nach dem gewöhnlichen Civilrecht oder, soweit das Handelsgesetzbuch Bestimmungen enthält, zunächst nach diesen zu beurteilen seien und es ist daher durch das oben § 1 Ausgeführte diese eventuelle Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuchs nicht ausgeschlossen.

Nun fragt es sich vor allem, ob die Bestimmung des Art. 335 des Handelsgesetzbuchs nicht auf Genuskäufe beschränkt, auf Käufe einer Spezies gar nicht anwendbar sei?

1) Vgl. Windscheid, § 130 Z. 1.

2) Windscheid daselbst Z. 2; Fitting im Archiv für civ. Pr. Band 61 S. 422—34; Sarwey, Komm. Bd. I. zu § 240 Note 2; Levi-Wilmowsky, Anm. 1 zu § 240.

Nach der Entstehungsgeschichte dieses Artikels könnte man dieses annehmen, denn man wollte die Bestimmung des römischen Rechts, daß wenn ein genus ohne nähere Bestimmung versprochen worden sei, das schlechteste geliefert werden dürfe [1]), beseitigen und dafür den Verkäufer zur Lieferung mittelguter Ware verpflichten [2]), allein die Fassung ging, wie auch schon in der Kommission selbst bei der Beratung bemerkt wurde [3]), hierüber hinaus, ist so allgemein, daß auch Spezies-Käufe nicht ausgeschlossen sind, wie dies auch in Theorie und Praxis anerkannt ist [4]). (Beispiel: ein Hopfenhändler kauft einem Produzenten, den er an einem andern Orte als seinem Wohnsitz trifft, dessen ganze bereits in 3 Säcke verpackte Ernte ab, indem er sich darauf verläßt, daß es ein reeller Mann sei und daher die Reise zur Besichtigung ersparen will; hier kann er wohl kaufmannsgute Ware verlangen, in welchem Sinne auch diese Civilkammer bereits in einem Falle entschieden hat — oder das nicht geöffnete Faß Wein [5]).

Dagegen ist es eine ganz andere Frage, wenn der Käufer die Spezies, welche er kaufte, bereits vorher angesehen hat, denn hier tritt das ein, daß eben dem Kaufe die Beschaffenheit und Güte der Ware zu Grunde gelegt wurde, wie sie sich anscheinend äußerlich darstellte, und daher der Eingang der Art. 335 des Handelsgesetzbuchs zutrifft [6]). (Beispiele: Wenn einerseits ein Käufer Säcke mit Getreide, welches oben, soweit Untersuchung möglich war, solches von erster

---

1) l. 4 D. XXXIII, 6.

2) Vgl. Kräwel, Komm. S. 420; Koch, Komm. S. 336—37.

3) Koch, S. 337.

4) Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht XXXVIII, S. 194; Seuffert, Archiv XXVI. 22, XXXV. 116, 153; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts IV. S. 36; Entscheidungen des Reichsgerichts XIII. S. 23—24; Boschers Zeitschrift XXXIV. S 68—69; Kosak, Handelsrecht S. 84.

5) Cosak, S. 85.

6) S. die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts IV. S. 36—37.

Güte enthielt, kaufte und entsprechend bezahlte, der untere Teil aber schlecht war, so braucht er sich nicht gefallen zu lassen, wenn Sachverständige erklären, der Durchschnitt bilde immer noch eine kaufmannsgute Ware, sondern er kann wegen Betrugs oder heimlichen Mangels klagen. Andererseits kann dann, wenn Jemand eine ersichtlich schlechte Ware kaufte und entsprechend bezahlte, er nicht nachher den Kauf deswegen anfechten, weil er Ware mittlerer Güte anzusprechen habe).

§ 9. Auch beim Viehhandel ist die Möglichkeit des Kaufs in genere nicht ganz ausgeschlossen (wie wenn z. B. jemand eine Herde Schafe oder eine Herde ungarischer oder polnischer Schweine kauft [1]). Doch ist im Allgemeinen beim Vieh, namentlich da, wo es sich um bestimmte Rassen und deren Eigenschaften, um das Alter u. s. w. handelt, die unbedingte Anwendbarkeit des Art. 335 noch viel mehr beschränkt [2]). Dies ist sogar ganz unbedingt anzunehmen, wenn man das Stück Vieh gesehen hat und daher nicht verlangen kann, es sollte eben anders beschaffen sein, als es ist, und könnte es sich also hier nur um heimlichen Mangel handeln.

Allein gerade hier ist, wie schon oben unter § 1 ausgeführt wurde, die Anwendung des dem Art. 335 korrespondierenden Art. 347 in Folge der speziellen Vorschriften des Gewährschaftsgesetzes ausgeschlossen und hier auf die Anwendung des letzteren verwiesen.

Allerdings ist nun hiemit noch nicht gesagt, daß Art. 335 für solche Fälle, wo der Art. 347 nicht anwendbar ist (wie hier oder bei Platzgeschäften im Gegensatz zu Distanzgeschäften), überhaupt gar nicht gelte, vielmehr ist eben dann die Frage, innerhalb welcher Zeit der Käufer verpflichtet sei, dem Verkäufer die mangelhafte Beschaffenheit der Ware (sei sie nun offen oder sei sie heimlich gewesen und erst später entdeckt worden) anzuzeigen, beziehungsweise der Verkäufer verbunden sei, sie wieder zurückzunehmen, nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Civilrechts zu entscheiden, wobei allerdings

1) Seuffert, Archiv XXXV. 153.

2) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts V. S. 322.

eine teilweise analoge Anwendung des Art. 347 nicht ausgeschlossen ist [1]), und es treten also bezüglich der Möglichkeit, den Artikel 335 anzuwenden, die Grundsätze des württ. Partikularrechts ein.

Nun ist aber mit dem Gewährschaftsgesetz unvereinbar, daß man einen Hauptmangel auch nach dem Verfluß der Gewährsfrist noch aus einem andern Rechtsgrunde zur Anfechtung des Kaufs benützen dürfe, insbesondere ist in Art. 4 Schlußsatz [2]) ganz bestimmt gesagt, daß nach Verfluß der Gewährschaft auch die Klage wegen enormer Verletzung wegen des Verhandenseins der in Art. 1 des Gesetzes bestimmten Mängel nicht mehr statthaft sei; hat man aber sogar dann, wenn man über die Hälfte verletzt ist, kein Rechtsmittel mehr, so kann man um so weniger ein Rechtsmittel haben, wenn die Ware nur nicht als kaufmannsgut anzusehen ist, der Wert daher in der Regel nicht um so viel geringer ist, daß es zu einer enormen Verletzung hinreicht."

Es zeigt sich auch in diesem Falle wieder, daß es im Interesse der Rechtseinheit zweckmäßiger gewesen wäre, gegen die Berufungsurteile der Landgerichte auch eine Revision bei dem k. Oberlandesgerichte zuzulassen, da es dem Ansehen der Rechtspflege gewiß nicht förderlich ist, wenn in einer und derselben Frage ein und derselbe Kläger möglicherweise bei verschiedenen Landgerichten verschiedene Urteile erhält, bei einem mit der Klage durchdringt, bei dem andern aber mit der Klage abgewiesen wird, und es dürfte daher bei der Revision der Civilprozeßordnung auch dieser Punkt anzuregen sein.

1) Hahn, Komm. zu Art. 347 § 21—25; Cosak, Handelsrecht S. 147—48.

2) Vgl. auch die Motive bei Weiß S 46—47.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

L.

M.

N.

O.

P.